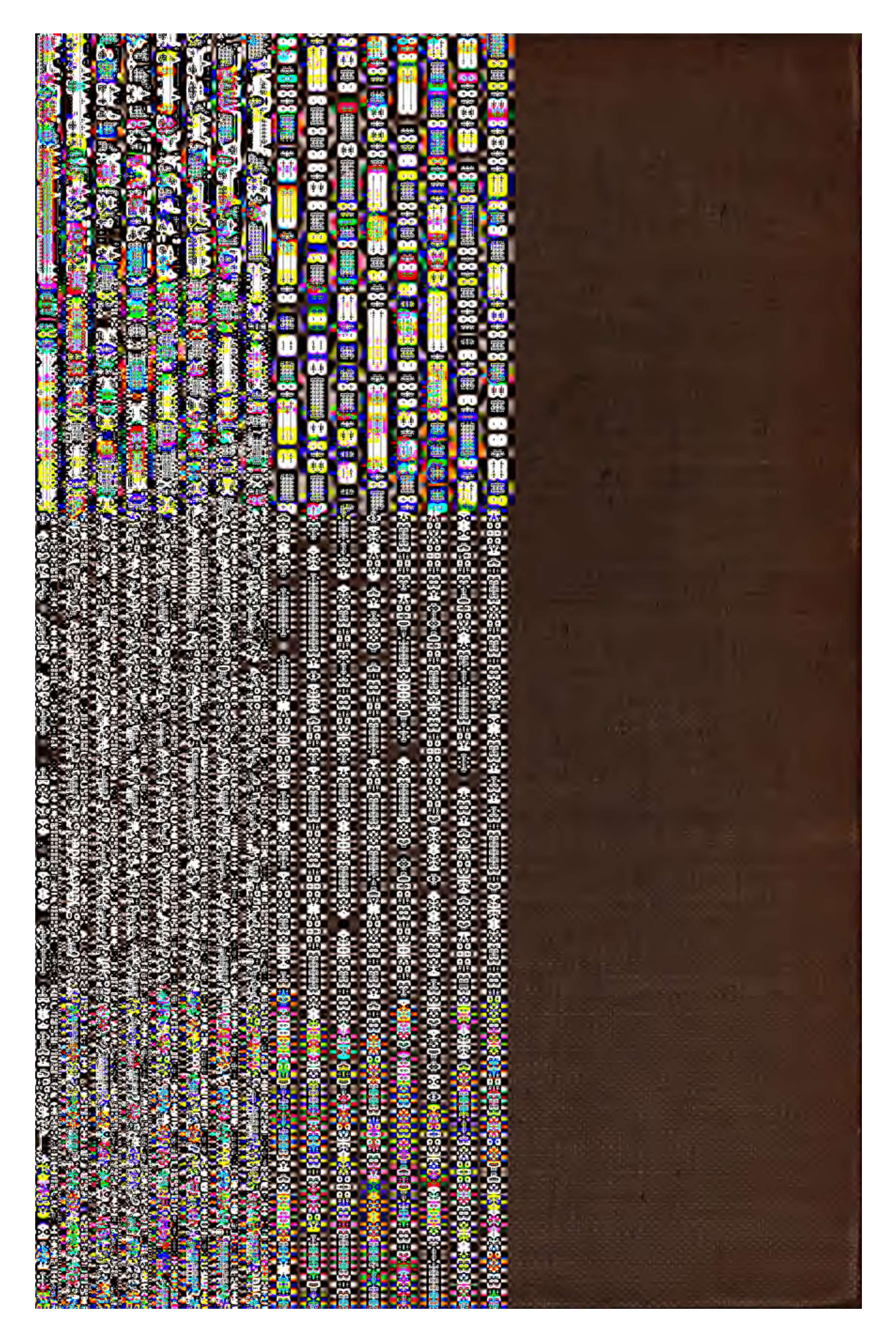
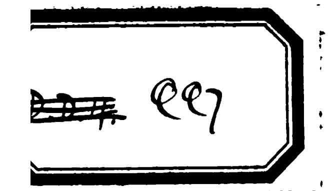
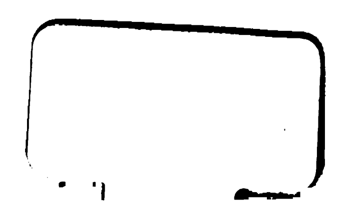








Die Entwicklung des grundgesetzlichen Civilrechts der Römer.

Auf Grund von Forschungen dargestellt für Juristen, Philologen und Historiker

von

V. Puntschart,
Doctor der Philosophie und der Rechte, Professor am k. k. Theresianum in Wien.

Erlangen, 1872.
Verlag von Andreas Deichert.

Druck von Junge u. Sohn in Erlangen.

Dem Andenken

an

Johann Ritter von Rainer zu Harbach,

den werkthätigen Freund geistiger Bestrebungen in Kärnten,

in dankbarer Erinnerung

der Verfasser.

Vorrede.

Schon vor mehr als zwölf Jahren habe ich meine wissenschaftlichen Bemühungen dem römischen Civilprocess gewidmet, wurde aber bald gewahr, dass sich der republikanische Civilprocess nicht wohl darstellen lässt, wenn nicht vorher mit der Erledigung öffentlich-rechtlicher, geschichtlicher und philologischer Fragen auch die Entwicklung des römischen Civilrechts durch die Actionen der Lex und des Edictes dargelegt wird. Meine Forschungen führten also zunächst zur Anlage eines aus vier Theilen bestehenden Werkes: 1) der Entwicklung des römischen Civilrechts durch die pontificischen und prätorischen Actionen der Lex; 2) der Entwicklung des römischen Civilrechts durch die Actionen des Edictes; 3) dem pontificischen und prätorischen Civilprocess der Lex; 4) dem Civilprocess des Edictes und seinem Uebergang in den Civilprocess des Kaiserrechtes. Allein weil ebenso die Vollendung als die Publication eines so weit aussehenden und schwierigen Werkes durch mögliche Wechselfälle leicht gefährdet wird, und es mir auch geboten erschien, zunächst über die von mir gewonnenen Grundanschauungen von Fachmännern Urtheile zu vernehmen, so entschloss ich mich später, die Entwicklung des grundgesetzlichen Civilrechts darzustellen, in diese Darstellung aber aus meinen übrigen Forschungen das zur Gestaltung eines selbstständigen und abgeschlossenen Ganzen Nothwendige aufzunehmen. Das vorliegende

Buch enthält also den Versuch, mit besonderer Berücksichtigung des öffentlichen Rechtes nachzuweisen, wie jener Organismus, welcher den grossen Juristen der Kaiserzeit fertig vorlag, in der Zeit der Republik begründet und fortgebildet wurde, also die Entwicklung des römischen Civilrechts einer Zeit aufzuhellen, welche noch am meisten der Aufhellung bedarf. In dieser Gestalt ist nun die vorliegende Schrift nicht mehr ausschliesslich für Juristen, sondern auch für Philologen und Historiker bestimmt.

Für die Freunde des römischen Civilrechts sucht die vorliegende Schrift folgende Grundgedanken darzulegen:

Die Interpretation (Rechtsanwendung) war schon in der Königszeit ein staatsrechtliches Institut. Die wenigen Justizgesetze dieser Zeit waren nur principieller Natur. Der König hatte die potestas legum interpretandarum: ihm war also die Entwicklung des gesetzlichen Rechtes anvertraut (custodia legum atque morum). Der König war darum nothwendig auch der alleinige Richter. Seiner Bestimmung gemäss gestattete das staatsrechtliche Institut der Interpretation keine völlige Trennung des rechtsetzenden Organs vom Richteramte.

Nach dem Sturze des Königthums wurde die civilrechtliche potestas legum interpretandarum auf den Pontifex Maximus und sein Collegium übertragen, und die früher unmittelbare Verbindung des rechtsetzenden Organs mit dem Richteramte durch eine mittelbare ersetzt, indem aus dem Pontifical-Collegium jährlich ein anderes Mitglied delegirt wurde, um in den Civilgerichten die Vorstandschaft zu führen und bei dem jährlichen Wechsel der richterlichen Magistrate die Einheit der Rechtsprechung zu sichern.

Die Zwölftafelgesetze waren kein „codificirtes Gewohnheitsrecht", sondern Grundgesetze oder, wie Cicero sich dafür ausdrückt, legum leges, und enthielten für das Civilrecht zu gutem Theil sogar nur oberste Grundgesetze. Auch die Entwicklung dieses grundgesetzlichen Civilrechts war dem Pontifex Maximus und seinem Collegium anvertraut (custodia juris civilis). Daraus erklärt sich die organische Gestaltung und die Dauerhaftigkeit des republikanischen Civilrechts.

Der Abschluss der mit der Decemviralgesetzgebung begonnenen ersten Periode des republikanischen Civilrechts ist in das Jahr 465/289 zu setzen.

Durch die lex Aebutia und Silia wurde im genannten Jahre für das Privatrecht die ganze Decemviralgesetzgebung fortgeführt. Das erstere Gesetz hatte die legale Interpretation des Civilrechts vom Pontifex Maximus auf den Praetor urbanus übertragen (custos juris civilis), — also das Civilrecht vom Sacralrecht getrennt, — und durch Verleihung des jus edicendi summum an die richterlichen Magistrate (der zweite Prätor wurde schon im Jahre 433/321 nur in der Eigenschaft eines vierten magistratus cum imperio eingesetzt), das jus honorarium begründet, das letztere die Sponsio zum gesetzlichen Organ des Civilprocesses erhoben, beide zusammen aber hatten den Praetor urbanus in den Stand gesetzt, nicht bloss eine umfassende Reform des Civilprocesses vorzunehmen, z. B. die stipulationes praetoriae, den eigentlichen Interdictsprocess zu begründen, sondern durch Vermittlung der sponsio praejudicialis auch seinem obrigkeitlichen Rechte (Actionen wie Exceptionen) Verfolgbarkeit in den verfassungsmässigen Civilgerichten (judicia legitima) zu verschaffen, demselben durch die sponsio praejudicialis theils civile Natur, theils civile Wirksamkeit zu geben, und so das grundgesetzliche Civilrecht bis zur Julischen Gesetzgebung fortzubilden, mit welcher wieder eine neue Periode des römischen Civilrechts eingeleitet wurde.

Die Fortentwicklung des grundgesetzlichen Civilrechts durch Real- und Consensual-Contracte, prätorisches Eigenthum und Erbrecht, hatte sich unter Vermittlung der in dieser Zeit noch in ihrem ganzen ursprünglichen Anwendungsgebiete verwendeten sponsio praejudicialis zunächst durch die pontificischen Actionen der Lex vollzogen. Die vorliegende Schrift hat somit auch das System der processeinleitenden Actionen der Lex oder des Grundgesetzes darzulegen und jene Functionen nachzuweisen, welche diese Actionen (mit bestimmten Ausnahmen) durch den Praetor urbanus erhalten hatten, und darum so gut wie die zum Ersatze der aufgehobenen Klage ex nexu neu eingeführte condictio pecuniae certae (stipulatae, expensae latae,

adnumeratae) auch als neue Actionen des Grundgesetzes werden konnten.

Die ponticifischen Actionen des Grundgesetzes wurden theils durch die immer mehr zunehmende Bedeutung der sponsio praejudicialis zur Wesenlosigkeit herabgedrückt, theils konnten sie den Bedürfnissen des gesteigerten Verkehrs nicht mehr genügen, und mussten (mit bestimmten Ausnahmen) neuen, wesenhaften, die Verkehrsbedürfnisse befriedigenden formulae des Prätors weichen.

Unter den Erscheinungen des römischen Geistes ist ohne Zweifel jene die grossartigste, welche sich im römischen Civilrecht verkörpert hatte, und noch heute ein wesentliches Element der europäischen Rechtsordnung und Cultur bildet. Da nun das römische Volk diese Culturarbeit gerade in der Zeit der Republik unternommen und in ihren Erfolgen gesichert hatte, so glaube ich meine Forschungen als einen Gegenstand des Interesses auch der Vertreter der klassischen Philologie umsomehr betrachten zu dürfen, als jene sich auch mit öffentlich-rechtlichen, geschichtlichen und philologischen Fragen beschäftigen.

Die Geschichte der römischen Republik erzählt noch immer vorwiegend nur die Kämpfe, welche der römische Staat im Innern und gegen äussere Feinde zu bestehen hatte: die weltgeschichtliche Bedeutung, welche das römische Volk gerade für die Cultur des Rechtes schon in der Zeit der Republik sich errungen hatte, konnte nach den vorhandenen Vorarbeiten noch immer nicht gehörig gewürdigt werden. Weil nun die vorliegende Schrift auch für dieses wichtige Moment einen Beitrag zu liefern bestimmt ist, so möge sie auch von den Historikern der Beachtung gewürdigt werden. Diesen bin ich jedoch hier die Rechtfertigung zu geben schuldig, dass ich den bestehenden Conflict der Meinungen über die Zeit des Beginns der römischen Geschichte darum nicht berühren zu müssen glaubte, weil ich nur jene Eine königliche Gewalt in der Civilrechtspflege darzulegen hatte, welche auch nach dem Sturze des Königthums nicht untergegangen war, und darum auch den spätern Berichterstattern bekannt bleiben musste.

Bei der Darstellung war ich bestrebt, mich gemeinverständlich

auszudrücken und meine Forschungen auch Nichtjuristen zugänglich zu machen, bei Streitfragen die Polemik auf die engsten Gränzen einzuschränken und dadurch sowohl die Uebersichtlichkeit der Darstellung zu fördern als ihren Umfang zu verringern. Wenn nun hierbei gleichwohl die eine Bemerkung oder Angabe den Juristen, die andere den Philologen noch entbehrlich erscheinen sollte, so möge mich mein Bestreben entschuldigen, mich sowohl den Philologen als den Juristen verständlich zu machen Hatte doch die Verkennung eines sonst unerheblichen, den Philologen geläufigen Ablativus modi in der Lehre des grundgesetzlichen Civilprocesses sogar principielle Irrthümer erzeugt!

Die Darstellung wurde schon im Jahre 1869 zu Ende geführt; die seitdem erschienene Literatur hat die von mir gewonnenen Ergebnisse nicht alterirt, ist jedoch thunlichst berücksichtigt.

Wien, Ostern 1872.

Dr. V. Puntschart.

Der Römische Civilprocess von Prof. Karlowa kam mir erst nach der Correctur des vorletzten Bogens zu. Ich konnte aber diese Schrift auch im „Anhange" nicht mehr berücksichtigen. Weil nämlich Karlowa S. 60 fg. auch den Unterschied des judicare und damnare auf die Gegensätze von lex und jus, legis actio und jurisdictio, lites und jurgia zurückführt, diese Gegensätze aber für seinen Civilprocess eine fundamentale Bedeutung haben, und somit sich nur bei einer Würdigung seiner ganzen Schrift erörtern lassen, so hätte ich bei der genannten einzelnen Frage nur auf alle meine

Ausführungen, namentlich aber auf das verweisen können, was ich über den Begriff der legis actio (S. 59 fg.), die Bedeutungen der jurisdictio (S. 99 fg.) und den Unterschied von lites und jurgia (S. 271 fg.) dargelegt habe.

Inhaltsübersicht.

Seite

X. Capitel.

XI. Capitel.

Die erste pontificische actio generalis und die Adaptirung ihrer ersten Hauptart für die Geltendmachung des Anspruchs aus dem formfreien Darlehn und der vom Praetor urbanus proponirten Exceptionen.

XII. Capitel.

Die zweite pontificische actio generalis und die Adaptirung ihrer ersten Hauptart für die Geltendmachung der Ansprüche aus dem formfreien Depositum, Pignus, Commodatum und den Consensual-Contracten.

XIII. Capitel.

I. Capitel.

Die staatsrechtliche Stellung des römischen Königs in der Rechtspflege.

Vorbemerkungen.

§. 1. Bei der Darstellung der Entwicklung des grundgesetzlichen Civilrechts der Römer muss darum auf die Zeit des Königthums zurückgegangen werden, weil die ganz eigenthümliche, hohe Gewalt, welche der sonst nicht wenig beschränkte römische König für die Rechtspflege staatsrechtlich besass, für die Civilrechtspflege auch in der Zeit der Republik weder geändert, noch beschränkt wurde, sondern nach dem Sturze des Königthums nur an besondere Organe überging, und dann in alter Wesenheit und Fülle, trotz des später eingetretenen Wechsels ihrer Organe, nicht nur in der ganzen Zeit der Republik, sondern in anderer Form sogar noch in die Kaiserzeit fortbestand, also für die ganze Entwicklung des römischen Civilrechts bestimmend geblieben ist. Die Untersuchung über diese so wichtige, bisher noch nicht erörterte Gewalt wird aber dadurch erschwert, dass die Ansichten der Forscher [1]) auch über die allgemeine staatsrechtliche Stellung des röm. Königs in Gegensätzen auseinander treten.

Rubino spricht auf Grund der Stellen, welche er (S. 119, Anm. 2) anführt, dem Könige die constituirende Gewalt zu:

---

1) Rubino, Untersuchungen über die römische Staatsverfassung I. Thl. 1839, S. 119 fg.; Schwegler, Röm. Gesch. 2. Abth. 1853, S. 645 fg.; Gerlach und Bachofen, Gesch. der Röm. I. Bd. 2. Abth. 1851, S. 211—372; Theod. Mommsen, Röm. Gesch. I. Bd. 1. Abth. 5. Aufl. S. 85; Lange, Röm. Alterth. I. Bd. 2. Aufl. S. 269 fg.; Becker, Röm. Alterth. II. Theil, 1. Abth. S. 293 fg.; A. W. Zumpt, das Criminalrecht d. Römer I. Bd. 1865, S. 20; Wilhelm Ihne, Röm. Gesch. I. 1868, S. 100; Ihering, Geist des Röm. R. I. Bd. 2. Aufl. S. 190, 205, 211, 216, 260, 261, 274 Note 147.

Ihne verneint, dass auf Grund dieser Nachrichten sich annehmen lasse, dass neue Grundsätze im Recht und in der Verfassung von dem Könige ohne Zustimmung des Volkes und Senates eingeführt werden konnten. Schwegler gibt auf Grund der nämlichen Nachrichten dem Könige nicht bloss die constituirende, sondern auch die gesetzgebende Gewalt: Zumpt lässt den König bei Erlassung nicht bloss von Verfassungsgesetzen, sondern auch von Civil- und Criminalgesetzen an die Einwilligung der Volksversammlung gebunden sein. Lange sieht in der regia potestas nur eine Nachbildung der patria potestas: Ihering beweist, dass die patria potestas weder in der gens noch im Gesammtstaat nachgebildet gewesen sei; der Staat sei nach Aussen nicht durch den König, sondern durch das Volk und den Senat vertreten gewesen; der Krieg sei nur im Namen des Volkes und Senates (Livius I, 32) erklärt worden, der König sei bloss Feldherr gewesen, und habe auf die Verfassung sogar den Amtseid abgelegt (S. 274, Note 174). Gerlach stellt das röm. Königthum als eine patriarchalische Theokratie dar: Ihering betrachtet die religiöse Gewalt des Königs nur als eine Folge seines Feldherrnamtes; wer irgendwie den Staat repräsentirt habe, der habe ihn auch den Göttern gegenüber vertreten. Becker und Mommsen nehmen gewissermassen eine vermittelnde Stellung ein: nach ersterem hatte der König zum grossen Theile auch die gesetzgebende Gewalt in sich vereinigt, doch keineswegs unbeschränkt; nach letzterem ist, wie Sallust (Catil. 6) sage, die königliche Gewalt zugleich unbeschränkt und an Gesetze gebunden gewesen (imperium legitimum), unbeschränkt in so fern des Königs Gebot, gerecht oder ungerecht, unbedingt vollzogen werden musste, gebunden in so fern ein dem Herkommen zuwiderlaufendes und vom wahren Souverän, dem Volke, nicht gut geheissenes Gebot auf die Dauer keine rechtlichen Folgen erzeugte. Vgl. jetzt röm. Staatsr. I. S. 183.

Dem Widerspruche gegen Rubino mich anzuschliessen, habe ich für meinen Theil folgende Gründe:

Die Stellen, auf welche er sich beruft, sind theils nicht beweiskräftig, theils beweisen sie das Gegentheil. Zu den nicht beweiskräftigen gehören vorerst diejenigen Berichte, welche selbstständige Anordnungen des Königs im Gebiete des Sacralrechts zum Gegenstande haben. Weil nämlich das Sacralrecht nicht zur Competenz der Volksversammlung gehörte, so lässt sich daraus kein Schluss auf die allgemeine Unbeschränktheit des Königs ziehen; nicht beweiskräftig sind ferner die Stellen, welche selbstständige Verfügungen des Königs im Kriegswesen berichten, weil solche

Anordnungen des Königs als des obersten Kriegsherrn nicht die allgemeine Unbeschränktheit desselben zur nothwendigen Voraussetzung haben; endlich sind nicht beweiskräftig die Stellen, welche die leges regiae im engeren Sinne berühren. In dieser Beziehung werde ich bald den Beweis antreten, dass die Natur dieser leges nicht bloss von Rubino, sondern bisher allgemein unrichtig bestimmt wurde. Die Stellen hingegen, welche sogar das Gegentheil beweisen, sind Cicero Tusc. IV. 1. §. 1. und Tacitus Ann. III. 26. Cicero spricht davon, dass der römische Staat schon zur Zeit der Könige seine Grundlagen durch „leges" und durch „instituta regia" erhielt. Weil nun hier unter „instituta regia" Einrichtungen des Sacralrechts und Kriegswesens zu verstehen sind, so ist es unzulässig, daraus eine constituirende Gewalt des Königs im Allgemeinen abzuleiten, und auch die „leges" nur als Ausflüsse dieser königlichen Gewalt zu betrachten. Tacitus aber sagt: praecipuus Servius Tullius sanctor legum, quis etiam reges obtemperarent. Dass Tacitus hier nicht selbstständige Anordnungen des Servius Tullius meint, beweist vorerst die Wendung, welche er in Ann. I. c. 6 gebraucht: Augustus — ut (scil. Agrippae) exilium senatus consulto sanciretur, perfecerat, und die Bemerkung, dass die leges des Servius Tullius auch die nachfolgenden Träger der königlichen Gewalt oder Regenten (reges), also nicht bloss den Tarquinius Superbus, sondern auch die Consuln der Republik banden. Tacitus aber war es gewiss bekannt, dass nach dem röm. Staatsrecht persönliche Verfügungen eines Machtträgers von Volksgesetzen sich gerade dadurch unterschieden, dass erstere vom Nachfolger im Amte ausdrücklich bestätigt werden mussten, um rechtsgiltig zu bleiben, letztere aber von der Amtsdauer des die Rogation stellenden Machtträgers unabhängig waren, und alle Nachfolger im Amte banden [2]). Tacitus bezeichnet also die leges des Servius Tullius ganz deutlich als vom Volke genehmigte Gesetze.

Lange bestreitet, dass bei dem von Sallust (Catil. 6) erwähnten imperium legitimum der römischen Könige an bestimmte, die Königsgewalt beschränkende Gesetze (leges) gedacht werden dürfe, weil die Beschränkung des Königs, wie die des pater familias, nur eine sacrale und keine legale gewesen sei. Wenn aber Dionysius [3]) als eines der Rechte der Curiat-Comitien bezeichnet, die Gesetze zu bestätigen (νόμους ἐπικυροῦν), und wenn neuere Forscher eine legislative Gewalt der Curiat-Comitien angenommen haben,

2) Vgl. Mommsen, Stadtrechte von Malaga und Salpensa, S. 391.
3) II. 14, IV. 20, VI. 66, VII. 38.

so sei dies für die Zeit des ältesten Staatsrechts ein Anachronismus, zu dem man verleitet worden sei theils durch die gesetzgebende Gewalt der Comitien in der Zeit der Republik, theils durch die lex curiata de imperio, theils durch die Existenz sogenannter leges regiae, die nach der Auffassung eines späteren Schriftstellers (Pomponius) auf Antrag des Königs vom Volke beschlossen sein sollten. Allein die gesetzgebende Gewalt der Comitien in der Zeit der Republik sei erst durch die Veränderung des Staatsrechtes, welches Servius Tullius zugeschrieben wird, möglich, und erst nach Vertreibung des Tarquinius wirklich geworden; die lex curiata de imperio sei nur die auctoritas patrum gewesen; die leges regiae seien bloss als „Satzungen des ältesten Gewohnheitsrechtes" zu betrachten, womit aber Lange über die Natur der leges regiae nur die jetzt herrschende Lehre vorträgt, indem auch Rubino, Dirksen, Schwegler, Mommsen u. s. w. die leges regiae nur als ein Gewohnheitsrecht ansehen.

Das Imperium werde ich unten mit Lange als die höchste Macht zu befehlen und verbieten bestimmen, wesshalb sich das Imperium als Herrschermacht, als Herrschaft darstellt. Die Herrschaft ist aber doch wohl nur dann eine „gesetzliche" (legitimum), wenn sie durch Gesetze geregelt, also beschränkt ist. Ich meine, dass auch Sallust diesen seinen Ausdruck nicht anders verstanden hat. Wenn er nämlich den Worten: (Romani) — imperium legitimum, nomen imperii regium habebant, unmittelbar den Satz folgen lässt: Post, ubi regium imperium, quod initio conservandae libertatis atque augendae reipublicae fuerat, in superbiam dominationemque convertit, immutato more annua imperia binosque imperatores sibi fecere, so muss er sich das königliche Imperium als ein gesetzlich beschränktes gedacht haben, weil nicht anzunehmen ist, dass er nicht die Schranken des vom Volke genehmigten und geschützten Gesetzes, sondern die Schranken des vom Pontificat des Königs abhängigen Sacralrechtes als wirksames Mittel betrachtet habe, die Freiheit zu erhalten und den Staat zu mehren. Wie Sallust dachte aber wohl auch Cicero, wenn er de legib. III, 7, §. 15 bemerkt: Sed quoniam regale civitatis genus probatum quondam postea non tam regni quam regis vitiis repudiatum est, nomen tantum regis videbitur repudiatum, res manebit, si unus omnibus reliquis magistratibus imperabit.

Wie ich nun die Nachrichten des Tacitus und Sallust mit der Unbeschränktheit des römischen Königs nicht zu vereinbaren vermag, so kann ich auch den mit diesen Nachrichten übereinstimmenden Angaben des Dionysius nicht allen Glauben versagen. Diony-

sius gibt in II, 14 die Prärogativen des **Königs**, wenn auch nicht mit ganz zutreffenden Worten, so doch in der Sache ganz richtig an; es ist also von vorn herein nicht wahrscheinlich, dass er die in derselben Stelle angegebenen Rechte des Volkes, also auch das Recht der Annahme und Verwerfung der königlichen Rogationen nur aus der Verfassung der Republik abstrahirt habe. Dies widerlegt sich dadurch, dass sogar jene hieher gehörigen Nachrichten des Dionysius, welche wir verwerfen müssen, nämlich dass das Volk schon in der Zeit der Könige in Capital-Processen zu richten und in Comitien Beamte zu wählen hatte, nicht auf willkürlichen Combinationen, sondern nur auf Missverständniss der Quellen beruhen. Es ist bekannt, dass der Ausdruck „judicium" vieldeutig ist. Diejenigen römischen Schriftsteller, welche den Process des Horatius unter König Tullus erzählen, reden aber von einem judicium populi, und von der **Freisprechung** des Horatius durch das Volk. Weil nun Dionysius das Wort judicium auch hier in seiner gewöhnlichen Bedeutung nahm, so schrieb er dem römischen Volke schon für die Zeit der Könige das Recht zu, in Strafprocessen über das caput eines römischen Bürgers zu entscheiden. Dass er aber diese Angabe wirklich nur den Berichten über den erwähnten Process entlehnt hatte, das beweist der Umstand, dass er dieses Recht dem Volke eben vom König Tullus ertheilt werden lässt. In den nämlichen Berichten ist aber auch von **der Wahl** der später mit den quaestores parricidii identificirten duumviri die Rede; wenn also Dionysius dem römischen Volke schon für die Zeit der Könige das Recht einer Beamtenwahl einräumt, so ist kein Zweifel, dass er auch diese seine Angabe den Berichten über denselben Process entlehnt hat. Hatte nun Dionysius sogar diese angeblichen Rechte nur aus ihm vorliegenden Quellen entnommen, so können wir seiner Angabe über das Recht des Volkes, die königlichen Gesetzanträge zu genehmigen oder zu verwerfen, desto sicherer Glauben schenken, je weniger Anlass zu Missverständnissen die Ausdrücke der Quellen in dieser Beziehung geboten haben können. Ich brauche aber kaum zu bemerken, dass das Volk kein Recht der Initiative hatte, neue verfassungsmässige Rechte also doch nur durch den Entschluss des Königs begründet werden konnten. Die auctoritas patrum de imperio schloss aber die lex populi de imperio nicht aus (vgl. jetzt Mommsen, röm. Staatsr. I. S. 50, 51).

Einen weiteren Grund für die Unbeschränktheit des Königs findet Lange in der herrschenden Anschauung, dass die leges regiae nur „Satzungen des Gewohnheitsrechts" waren. Die ganz eigenthümliche, keiner Art der modernen Rechtserzeugung entsprechende

Natur der leges regiae werde ich bald darzulegen haben; hier habe ich nur zu bemerken, dass die erwähnte Auffassung dieser leges nur eine nothwendige Folge der ebenso allgemeinen Ansicht ist, dass die Zwölftafelgesetze nur ein codificirtes Gewohnheitsrecht waren. Da ich nun auch dieser letzteren Ansicht aus Gründen, welche ich am gehörigen Orte angeben werde, nicht beistimmen kann, so entfällt für mich auch das Gewicht der aus der Natur der leges regiae entlehnten Einwendung.

Was endlich die bisher fast allgemein bezweifelte Glaubwürdigkeit des „unkritischen und verworrenen" Pomponius betrifft [4]), so dürften jetzt die Untersuchungen Sanio's [5]) das bisherige Urtheil über die Angaben dieses Juristen, wenn nicht ganz beseitigen, so doch bedeutend ändern. Sanio hat nämlich den Beweis geführt, dass dem Pomponius bei der Abfassung seines Enchiridion auch des Terentius Varro libri XV de jure civili zur Grundlage dienten, und dass der Einfluss der Varronischen Schriften auf die isagogische Literatur der Römer sich auch auf die juristischen Schriften von isagogischer und didactischer Natur, zu denen auch der liber singularis Enchirid. des Pomponius gehört, erstreckt habe. Dadurch aber erhalten die Nachrichten des Pomponius über die Rechtsentwicklung der ältesten Zeiten im Vergleiche mit den Nachrichten anderer Schriftsteller eine entscheidende Bedeutung. Auf den von Sanio übersehenen Umstand, dass in den Bericht des Pomponius über die Rechtsentwicklung der ältesten Zeit Bemerkungen eingeschoben sind, welche Varro gewiss nicht, wahrscheinlich auch nicht Pomponius angehören, werde ich unten bei der Besprechung dieses Berichtes zurückkommen.

Bestimmung der staatsrechtlichen Stellung des römischen Königs in der Rechtspflege [1]).

§. 2. Der so eben besprochene Gegensatz der Ansichten der Forscher über die staatsrechtliche Stellung des Königs ist durch den Gegensatz der Nachrichten selbst hervorgerufen, von denen manche sogar dem nämlichen Berichterstatter angehören. So sagt Pomponius in L. 2. §. 1. D. de orig. jur. 1, 2: Et quidem initio

---

4) Rubino, a. a. O. S. 400.

5) Varroniana, Leipzig 1867. §. 4—15.

1) Ueber das Verhältniss dieser meiner Frage zum bestehenden Conflict der Meinungen über die Zeit des Beginns der römischen Geschichte z. s. die Vorrede.

civitatis nostrae populus sine lege certa sine jure certo primum agere instituit, omniaque manu a regibus gubernabantur. Hier spricht Pomponius den ersten Königen eine unumschränkte Gewalt zu, während er gleich darauf im §. 2 von den Königen Roms berichtet: et ita leges quasdam et ipse (scil. Romulus) curiatas tulit; tulerunt et sequentes reges. Tacitus beginnt seine Annalen mit dem Satze: Urbem Romam a principio reges habuere, libertatem et consulatum Brutus instituit, und stellt durch den Ausdruck „habere" die königliche Herrschaft als eine unbeschränkte dar, so dass er sie mit der Freiheit der Republik in Gegensatz bringt, nennt aber in den Ann. III, 26 den König Servius Tullius einen praecipuus sanctor legum, quis etiam reges obtemperarent. In II, 14 gibt Dionysius die Prärogativen des Königs an, schreibt demselben ein selbstständiges Gesetzgebungsrecht zu und bezeichnet die rechtlichen Entscheidungen der Könige sogar als Gesetze[1a]). Derselbe Dionysius lässt aber in IV. 13 den König Servius Tullius den Curien 50 Gesetze zur Genehmigung vorlegen, „welche er an dieser Stelle nicht anführen zu müssen glaubt"[2]), worunter er aber offenbar jene Justizgesetze versteht, welche er in IV. 25 erwähnt. An derselben Stelle sht pric er aber dem Könige wieder eine selbstständige Processgesetzgebung zu[3]). Hieher gehören noch die Aeusserungen, welche Cicero in de republ. II. 28 und II. 17 macht, Inperti etiam populo potestatis aliquid, ut et Lycurgus et Romulus, und: Et ut advertatis animum, quam sapienter jam reges hoc nostri viderint, tribuenda quaedam esse populo, — multa enim nobis de eo genere dicenda sunt — ne insignibus quidem regis Tullus nisi jussu populi est usus (vgl. Mommsen: röm. Staatsr. I. S. 298, Note 7).

Diese Berichterstatter sahen in ihren Berichten keinen Widerspruch, weil sie sonst so entgegengesetzte Angaben unmittelbar hinter einander nicht ohne jegliche Bemerkung niedergeschrieben hätten; es ist also von vornherein wahrscheinlich, dass dieser Widerspruch nur für uns vorhanden ist. Gesetzt aber auch, dass sie sich des Widerspruchs ihrer Nachrichten bewusst waren, so wäre eben dies ein sicherer Beweis, dass sie ihre Quellen getreu wiedergeben ohne eigene Versuche, die Widersprüche auszugleichen.

1a) Dionys. X. 1: τὸ δικαιωθὲν ὑπ' ἐκείνων τοῦτο νόμος ἦν.

2) Dionys. IV. 13: ὧν οὐδὲν δέομαι μεμνῆσθαι κατὰ τὸ παρόν.

3) Dionys. IV. 25: τῶν δὲ ἰδιωτικῶν (scil. ἐγκλημάτων) ἰδιώτας ἔταξεν εἶναι δικαστάς, ὅρους αὐτοῖς καὶ κάνονας τάξας, οὓς αὐτὸς ἔγραψε νόμους.

Der scheinbare Widerspruch, welcher in diesen Nachrichten hervortritt, besteht also darin, dass neben den von den Curien genehmigten Gesetzen noch Gesetze erwähnt werden, welche die Könige aus eigener Macht erlassen. Die Lösung dieses bisher nicht aufgeklärten Widerspruchs der Quellen wird aber gewonnen, wenn das staatsrechtliche Institut der Interpretation bei den Juden verglichen wird mit der Interpretation des römischen Königs, wie diese aus dem beschränkten Einfluss des Volkes auf die gestellte Rogation des Königs und aus der Natur der ältesten Gesetze mit Nothwendigkeit folgt, wie sie uns aus dem Processe des Horatius bei Livius I. 26 deutlich entgegentritt, ferner wie sie Cicero in de repub. V. 2. §. 3 erwähnt, und ihr die Entwicklung der Rechtsgleichheit in der Königszeit zuschreibt, endlich wie sie mit anderen Worten auch Dionysius in II. 14 sogar unter den Prärogativen des römischen Königs angibt.

Es ist bekannt, dass die Bestimmungen des Dekalogs (II. Mos. c. 20, 1—16) die Grundgesetze der Juden waren, und dass die Einzelbestimmungen, welche die 5 Bücher „des Gesetzes" enthalten (Genesis, Exodus, Leviticus, Numeri, Deuteronomium) nur Ausführungsgesetze dieser Grundgesetze sind. Die erwähnten Ausführungsgesetze enthalten meist nur Einzelbestimmungen und Normirungen concreter Fälle, so dass Saalschütz [4]) z. B. die Bestimmungen über culpa und Schadenersatz nur als „Beispiele" betrachten zu müssen glaubt. Die bekannte Collatio leg. Mos. et Roman. enthält manches, was hieher gehört. Mit der Lex Dei war die Gesetzgebung in allen Richtungen, also über die Ehe und Familie, über die persönliche Lebensweise, über die Pflege des Körpers, über Eigenthum, Erbrecht, Polizei und Völkerrecht ein für alle Mal abgeschlossen [5]), so dass nicht einmal die Propheten wagten, neue Gesetze im Namen Gottes zu verkünden. Durch diesen endgiltigen Abschluss der ganzen Gesetzgebung war die weitere Rechtsentwicklung ganz auf die Auslegung der Lex Dei angewiesen. Das vom Gesetze zur Interpretation berufene Organ war der Hohe Priester mit der ihm untergeordneten Priesterschaft und den Gesetzkundigen. Als die entscheidende Stelle, durch welche der Hohe Priester zur Interpretation der Lex und zum Oberrichteramte berufen wird, gilt 5. Mos. 17, 8—13: „Wenn dir eine Sache im Rechte zwischen Blutschuld und Blutschuld (z. B. zwischen Mord und Todtschlag, und durch stössige Thiere und unbedeckt gelassene Gru-

4) Mos. Recht II. Theil 1853 S. 864.

5) Döllinger, Judenthum und Heidenthum 1857, S. 778, 780.

ben, verursachten Tod), zwischen Rechtssache und Rechtssache (d. h. gewöhnliche Processe, wo jede Partei das Recht auf ihrer Seite glaubt) und zwischen Beschädigung und Beschädigung (z. B. tödtlicher und nicht tödtlicher 2 Mos. 21, 18), was (irgend) von streitigen Rechtssachen vorkommt in deinen Thoren, so sollst du dich aufmachen und hingehen an den Ort, den Gott erwählen wird, dass du kommst zu den Levitischen Priestern und zu dem Richter, der zur selbigen Zeit sein wird, und nachforschest und sie dir sagen den Ausspruch des Rechtes. Dann thue nach Massgabe des Wortes, das sie dir sagen werden, von jenem Orte, den der Ewige wählen wird, und habe Acht zu thun nach Allem wie sie dich lehren. Nach der Lehre, welche sie dich lehren, und nach dem Rechtsspruche, den sie dir sagen, sollst du thun und von dem, was sie dir sagen, nicht abweichen weder rechts noch links. Der Mann aber, der frevelhafter Weise nicht auf den Priester hört, der da steht, um daselbst dem Ewigen, seinem Gott, zu dienen, oder auf den Richter, der soll sterben"[6]). Der Hohe Priester war der zunächst berufene Oberrichter [7]), wesshalb er das Oberrichteramt stets versah, wenn kein anderer Oberrichter besonders bestellt war [8]). Die Interpretation des „Gesetzes" verblieb dem Hohen Priester auch nach der Einführung des Königthums, wesshalb die jüdischen Könige keine Gesetze erlassen konnten, sondern nur das Schwert führten, um das Gesetz zu schützen [9]). In der spätern Zeit war das Organ der Interpretation der Lex Dei ein höchster geistlicher und weltlicher Gerichtshof von 71 Mitgliedern, Priestern, Aeltesten und Schriftgelehrten, nämlich das Synedrium zu Jerusalem, dessen Präsident der Hohe Priester war. Die Mitglieder versammelten sich täglich, und entschieden alle wichtigeren Fragen religiöser und rechtlicher Natur. Nach Josephus Flavius (Archaeol. XIV. 9, 4) war sogar der König an die Zustimmung des Synedriums gebunden [10]). Es ist natürlich, dass dem vom Gesetze berufenen Organ der Interpretation auch die Aufbewahrung des Gesetzes und die Rechtskunde als besondere Aufgaben zufielen. Das Haupt-Exemplar des Gesetzbuches wurde also den Priestern übergeben, und ihnen damit die Pflicht auferlegt, für die sichere und unverfälschte Erhaltung desselben zu sorgen. Von ihnen sollte der

---

6) Saalschütz a. a. O. I. S. 64.
7) Vgl. De Wette, Hebräisch-jüdische Archaeolog. 1814, S. 237.
8) Saalschütz a. a. O. I. S. 119.
9) Döllinger a. a. O. S. 780.
10) Döllinger a. a. O.

König nur eine Abschrift fordern dürfen, ihnen wird der Auftrag gegeben, dem Volke den Inhalt des Gesetzes vorzulesen. Geht nun schon hieraus hervor, dass sie vor Allem mit dem Inhalte desselben bekannt sein mussten, so liegt diese Voraussetzung auch in mehreren anderen Bestimmungen. Die im Heiligthum anwesenden Priester sollten stets fähig und bereit sein, die Kinder Israels über alle durch Moses gebotenen Gesetze zu belehren. Sie mussten also bereit sein, einem jeden, der eine Anfrage über das Gesetz zu machen hatte, Auskunft zu geben. Nach dem Ausspruche der Priester soll man sich bei jedem Streit und Schaden richten können. In der Hauptstadt des Landes sollen stets gesetzkundige Priester sein — der das Oberrichteramt verwaltende Priester an ihrer Spitze — welche, sei es allein, oder in Verbindung mit noch anderen nichtpriesterlichen Richtern, den obersten Gerichtshof bilden konnten, an welchen sich die Ortsgerichte in zweifelhaften Rechtsfragen zu wenden hatten [11]).

Das aus der Auslegung des „Gesetzes" hervorgegangene Recht war selbstverständlich kein Gewohnheits-, sondern ein Gesetzesrecht, und die streng nationale Partei, nämlich die Pharisäer, ging so weit, dass sie die Ergebnisse der Auslegung des „Gesetzes" („den Zaun des Gesetzes") sogar als einen Theil des Gesetzes selbst erklärte, und sie als ebenso bindend erachtete, als dieses selbst [12]). Die Bestimmungen des Gesetzes, für einfache Verhältnisse gegeben, konnten im Verlaufe der Zeiten und bei der Veränderung aller Verhältnisse natürlich nicht mehr ausreichen, wesshalb „später Erweiterungen, mitunter auch Beschränkungen des Gesetzes eintreten mussten, was oft nur durch eine künstliche und willkürliche Interpretation erreicht werden konnte. Auf diese Weise bildete sich zuletzt eine gesetzliche Casuistik aus, in der allmälig mit einer peinlichen Genauigkeit Kleines und Unbedeutendes abgewogen, und (auf dem religiösem Gebiete) zu gleicher Höhe mit den ersten Lebenspflichten erhoben wurde" [13]). Wie das Judenthum, so verdankt auch das Christenthum seine Alles umfassende Entwicklung der fortschreitenden Interpretation der geoffenbarten „Wahrheiten".

Es ist nicht schwer aus diesen Bemerkungen zu erkennen, dass die Juden zwei Arten des gesetzlichen Rechtes hatten: die unmit-

---

11) Saalschütz a. a. O. I. S. 118.

12) Döllinger a. a. O. S. 750.

13) Döllinger a. a. O. S. 750, 751. Vgl. jetzt auch Auerbach, Jüd. Obligationenrecht, S. 13.

telbaren Bestimmungen der Lex Dei, und das aus der Interpretation des Gesetzes durch das competente Organ hervorgegangene mittelbare Recht der Lex.

Mit diesen Ergebnissen habe ich nun die Interpretation des römischen Königs zu vergleichen, wie diese sich aus den oben angegebenen Momenten bestimmen lässt.

Dem Könige gegenüber hatte die Volksversammlung kein Recht der Initiative, kein Recht der Abänderung der vorgelegten Rogation, kein Recht, derselben einen Zusatz zu geben, kein Recht der Theilung derselben, und kein Recht der Debatte über dieselbe. Der verfassungsmässige Einfluss der Volksversammlung beschränkte sich vielmehr darauf, dass sie die vorgelegte königliche Rogation (Frage) mit Ja oder Nein beantwortete[14]). Daraus folgt aber mit Nothwendigkeit, dass der König den Sinn des Gesetzes in seinem ganzen Umfange selbstständig zu bestimmen hatte, und weil er die einzige Obrigkeit war, so war ausser ihm überhaupt Niemand vorhanden, welcher ein Justizgesetz auslegen konnte. Weil nun die Rechtsprechung selbst nur die Unterordnung eines concreten Falles unter das Gesetz, also nur eine Interpretation ist, so folgt daraus, dass der König alleiniger Richter sein, und das Richteramt in Person ausüben musste. Es folgt also schon aus der Art, wie die Volksgesetze in der Königszeit zu Stande kamen, dass dem Könige allein die legale Interpretation der Justiz-Gesetze und das Richteramt in Person zustehen musste. Welch' grosse Bedeutung aber in dieser Zeit die legale Interpretation der Gesetze durch den König hatte, das wird sich unten noch deutlicher zeigen, wo ich die nur principielle Natur der ältesten Gesetze nachzuweisen haben werde. Positive Belege für diese Behauptungen enthält zunächst der Process des Horatius bei Livius I. 26[15]).

Der Hauptbericht des Livius über diesen Process lautet, wie folgt:

(Horatius) stricto — gladio — transfigit puellam. — — Tamen raptus in jus ad regem. Rex ne ipse tam tristis ingratique ad vulgus judicii ac secundum judicium supplicii auctor esset, concilio populi advocato „Duumviros, inquit, qui Horatio perduellionem judicent, secundum legem facio. Lex horrendi carminis erat: „Duumviri perduellionem judicent. Si a duumviris provocarit, provocatione certato. Si vincent, caput obnubito; infelici

14) Mommsen, Röm. Gesch. I. 1. S. 75.

15) Vgl. Dionys. III. 21; Festus pag. 279; M. Valerius Maximus I. 1; Florus I. 2, 6; Cicero de republ. II. 31 §. 54; pro Rabirio 4, 13.

arbori reste suspendito, verberato vel intra pomerium vel extra pomerium". Hac lege duumviri creati, qui se absolvere non rebantur ea lege ne innoxium quidem posse, cum condemnassent, tum alter ex his: „Publi Horati, tibi perduellionem judico", inquit. „Lictor colliga manus". Accesserat lictor, injiciebatque laqueum. Tum Horatius auctore Tullo, clemente legis interprete, „provoco" inquit. Ita de provocatione certatum ad populum est. Moti homines sunt in eo judicio maxime Publio Horatio patre proclamante: „se filiam jure caesam judicare: ni ita esset, patrio jure in filium animadversurum fuisse". — Non tulit populus nec patris lacrimas, nec ipsius parem in omni periculo animum; absolverunt admiratione magis virtutis quam jure causae. Itaque ut caedes manifesta aliquo tamen piaculo lueretur, imperatum patri, ut filium expiaret pecunia publica.

Ob die thatsächlichen Momente dieses Processes auf Wahrheit oder Dichtung beruhen, das hat für die Processformen keine Bedeutung, weil spätere Berichterstatter auch auf völlig erdichtete Thatsachen nur die Processformen anwenden konnten, welche aus der ältesten Zeit bekannt waren[15a]). Livius spricht hier von judicare, absolvere, von einem judicium populi, gebraucht also Ausdrücke, welche dem zweiten Stadium eines Processes, der Urtheilsfindung, angehören. Gleichwohl kann hier von einem eigentlichen judicium nicht die Rede sein, weil Livius am Schlusse seines Berichtes ausdrücklich von einer caedes manifesta spricht, die verbrecherische That des Horatius vor den Augen Aller verübt wurde, also notorisch war, und der Thäter seine Schuld nicht läugnete. In diesem Falle konnte es sich also nur mehr um die Execution, somit um die Strafe des Mordes handeln. Die Bestimmung der Strafe setzt zwar die Bestimmung der Natur der verbrecherischen That voraus, allein im gegebenen Falle ist nicht bloss der Thatbestand, die Schuld des Thäters, sondern auch die Qualität seines Verbrechens ausser Frage gestellt. Es ist offenbar, dass der König, als gegen den Jüngling executiv verfahren wurde (raptus in jus ad regem), sich in einer peinlichen Lage befand, da er einerseits der dem Thäter günstigen Stimmung des Volkes gegenüber stand, andrerseits aber als Vertreter der Rechtsordnung die Strafe an dem Verbrecher ohne weiteres vollstrecken zu lassen hatte. Die günstige Stimmung des Volkes für den Thäter veranlasst nun den König, an die Rettung des Jünglings zu denken, welcher so eben für die Interessen des Volkes sein Leben eingesetzt hatte. Die Rettung des Jünglings

---

15a) Vgl. Cic. de invent. II, 26.

konnte aber der König nur durch die entsprechende Interpretation jenes Gesetzes gesucht haben, welches die Qualification des Mordes enthielt. Eine lex regia des Königs Numa (Paulus Diacon p. 221 M.) hatte nun den Mord so qualificirt: „Si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, parricidas esto. Diese Qualification des Mordes gestattete dem König den Dolus des Thäters als fraglich zu betrachten, und die That des Horatius nicht als Mord, sondern als öffentliche Gewaltthätigkeit, oder als That eines innern Feindes, also als perduellio anzusehen[16]). Wird aber die That des Horatius als perduellio qualificirt, dann wird es fraglich, ob ein Mann, welcher so eben den Staat gerettet hatte, als ein Feind desselben betrachtet werden könne. Die Entscheidung hierüber dem Volke zu überlassen, ist der König zwar nicht verpflichtet, aber eben so wenig darf ihm das Recht abgesprochen werden, in dieser Frage das Volk zu Rathe zu ziehen (concilium) und sein Gutachten oder Urtheil zu berücksichtigen. Der König beruft also das Volk zu einer ausserordentlichen Versammlung (concilium) zusammen, und theilt demselben den Inhalt einer Formel (carmen) mit, welche er für das Verfahren gegen Horatius componirt hatte. Den Inhalt dieser Formel gibt Livius nur in indirecter Rede wieder, und auch nicht vollständig, wie dies aus Cicero pro Rabirio IV. 13 ersichtlich wird, wo aus diesem „carmen" noch die Worte angeführt werden: I lictor, colliga manus, verberato vel intra vel extra pomerium. Auch ist es natürlich, dass in der Formel das Wort „verberato" den Worten „reste suspendito" voranging. Die vom König componirte Formel lautete also in der directen Rede so: Duumviri creantor. Ii Horatio perduellionem judicanto. Si a duumviris provocarit, provocatione ad populum certato. Sin vincent, ito lictor, colligato manus ejus, verberato eum vel intra vel extra pomerium, caput ejus obnubito, infelici arbori eum reste suspendito". Mit dieser Formel war der König vor das Volk getreten, und hatte dasselbe aufgefordert, in Gemässheit der Formel duumviri zu wählen, (duumviros secundum legem facio), welche für Horatius die perduellio zu Recht erkennen sollen. Wenn Horatius von den Duumviri an das Volk Berufung einlege, dann möge er über den Inhalt seiner Berufung vor dem Volke den Streit führen. Wenn die Duumviri auch vor dem Volke siegen, dann solle die Strafe vollzogen werden, wie sie die Formel vorschreibe. Hier ist zunächst hervor zu heben, dass der König nach Livius seine für diesen eigen gearteten Processfall componirte Formel als lex bezeichnet (duum-

---

16) Vgl. Rudorff RG. II. S. 365, Ihering, I. 256.

viros facio secundum legem), dass das Volk die Wahl der Duumviri auf Grund dieser lex vornimmt (hac lege duumviri creati), und dass die vom König componirte Formel sich an den Wortlaut des die Strafe der perduellio normirenden Gesetzes streng anschliesst (lex horrendi carminis). Dass aber hier mit Recht von einer Formel des Königs gesprochen wird, das folgt nicht bloss aus den von Livius gebrauchten Worten: lex horrendi carminis erat (das Gesetz war von einer Schauer erregenden Fassung), sondern auch aus der Bedeutung des Wortes carmen. Carmen sind gebundene, kurz gefasste Worte, also genau das, was formula (von forma, formare, = kurze Fassung) bedeutet. In der Rede pro Rabirio c. IV, 13 kommt Cicero ausdrücklich auf diese von Tullus componirte Formel zu sprechen und bezeichnet die verba sollenia derselben: I lictor, colliga manus als cruciatus carmina[17]). Wir haben also hier mit einer Formel des Königs zu thun, welche Livius an drei Stellen als lex bezeichnet: 1) secundum legem, 2) hac lege creati, 3) qui se absolvere non rebantur ea lege ne innoxium quidem posse.

Die oben angegebene vom König componirte Formel war also eine formula legitima. Die ganz eigenthümliche Gestaltung dieses Processfalles und der Zusammenhang der Erzählung stellen es ausser Zweifel, dass der König diese formula legitima für diesen Fall besonders componirt hatte. Weil in dieser Formel das Wort judicare in seiner ursprünglichen Bedeutung zu nehmen ist (jus dicere), so befiehlt der König durch diese Formel den Duumvirn „für Horatius die perduellio zu Recht zu erkennen", ihn also als perduellis zu betrachten. Damit stellt sich der König auf den Standpunkt des Rechtes, will aber diese Qualification der That des Horatius nicht selbst aussprechen, weil es von seinem Ausspruche formell keine Berufung mehr geben kann. Um nun die Berufung zu ermöglichen, befiehlt er dem Volke Duumvirn zu wählen und nimmt in die die Duumvirn bindende Formel die provocatio ad populum auf. Die gewählten Duumvirn müssen dem Wortlaut der Formel gemäss den Horatius als perduellis erklären (qui se absolvere non rebantur ea lege ne innoxium quidem posse). Der Spruch der Duumviri ist also nicht als ein Urtheil über die Schuld, sondern nur als eine Qualification der ausser Zweifel gesetzten verbrecherischen That des Horatius zu betrachten. Demnach hatte sich an die erfolgte Qualification der That des Horatius sofort die Execution anzuschliessen: accesserat lictor, injicie-

17) Vgl. Cicero pro Murena c. 12: Praetor interea ne pulchrum se ac beatum putaret, ei quoque carmen compositum est (scil. a jure consultis).

batque laqueum. In diesem Augenblick lässt Livius den Horatius auf Anregung des Königs an das Volk appelliren, indem er sagt: Tum Horatius auctore Tullo clemente legis interprete, provoco, inquit. Ita de provocatione (über den Inhalt der provocatio) certatum ad populum est. Hier nennt Livius den Tullus einen clemens legis interpres; es entsteht somit die Frage, welche lex er hier meint. Dass hier unter lex nicht abermals die formula legitima gemeint sein kann, erhellt daraus, dass diese dem Horatius die provocatio mit deutlichen Worten einräumt, und somit jede Interpretation derselben überflüssig macht. Auch war der König nicht erst jetzt ein clemens interpres, weil er den Jüngling nicht erst jetzt zu retten sucht, sondern dies that er schon früher in dem Augenblicke, als er die That des Jünglings zu qualificiren hatte. Seine clementia bewies er eben dadurch, dass er die That nicht als Mord, sondern als perduellio qualificirte. Es kann somit hier unter „lex" nur jenes Gesetz verstanden werden, welches die Qualification der perduellio und ihre Strafe enthielt. Da nun hier der König nicht eigenmächtig verfügt, sondern nur eine lex über die perduellio interpretirt, so muss es ein Volksgesetz über perduellio gegeben haben, welches als solches über dem König stand, und welches er als Vertreter der Rechtsordnung nur auszulegen und dann sofort zu vollstrecken hatte. Darum nimmt der König den die Strafe bestimmenden Inhalt dieses Volksgesetzes in seine formula legitima auf, und bethätigt sich durch diese seine Formel ausschliesslich nur als Vertreter der Rechtsordnung. Durch dieses letztere Moment erhält aber der Process des Horatius eine besondere Bedeutung, weil aus demselben die Grundanschauung ganz deutlich hervortritt, welche den römischen Criminalprocess auch der folgenden Zeiten durchdrang. Nicht die Frage, ob „schuldig oder nicht schuldig einer bestimmten That" soll massgebend sein, wenn es sich um das caput eines römischen Bürgers handelt, sondern nur die Frage, ob der Thäter seiner ganzen Persönlichkeit nach die Berechtigung der physischen und bürgerlichen Existenz verwirkt hat. Ueber das ganze Leben, über den sittlichen Werth eines Mitbürgers im Ganzen und Grossen aber kann nicht jener ein gerechtes Urtheil fällen, welcher an die formellen Bestimmungen der Rechtsordnung gebunden ist, sondern nur das Volk in seiner Gesammtheit. Wenn also das Volk die Frage, ob Horatius wirklich seiner ganzen Persönlichkeit nach das Recht der Existenz verwirkt habe, verneint, so soll Gnade für Recht walten, und somit das Volk selbst über die Gnade entscheiden. Der römische König hatte, wie es sich

aus diesem Processe ergibt, und wie auch Mommsen [18]) bemerkt, kein Recht der Gnade, sondern er erscheint lediglich nur als Vertreter der Rechtsordnung, und war somit, wenn wir von seinem Richter- und Feldherrnamte absehen, wohl kaum mehr als „primus inter pares“ [19]).

Wiewohl nun die hier erwähnte provocatio nicht als ein Fall einer eigentlichen provocatio anzusehen ist, weil der König zu dem hier dargelegten Verfahren als interpres legum zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet war, die eigentliche provocatio aber ebenso dem Beklagten ein Recht gab, wie sie dem Magistrate die Pflicht auferlegte, die Execution zu sistiren, so befinden sich doch die späteren Römer nicht im Unrecht, wenn sie das Institut der provocatio auf den Fall des Horatius und auf die formula legitima des Königs Tullus zurückführen, welche einmal gegeben als lex fortbestand, und den Keim enthielt, aus welchem sich in der Folge die eigentliche provocatio entwickelte.

Wenn ich nun die Momente zusammenfasse, welche sich aus dem Processe des Horatius für die oben ausgesprochene Frage ergeben, so gelange ich zu folgendem Resultate: 1) Es gab in der Königszeit im Gebiete des Strafrechts Volksgesetze, welche als solche über dem König standen. Die von Livius angedeutete lex über die perduellio war ein solches Volksgesetz. 2) Die legale Interpretation der Volksgesetze stand ausschliesslich dem Könige zu, welcher dieses Recht in voller Freiheit für die Interessen der Rechtspflege verwerthen konnte. 3) Es waren im Criminalprocesse vom Könige componirte Formeln in Uebung, und somit auch im Civilprocesse, weil die Scheidung des Strafprocesses vom Civilprocesse in dieser Zeit gewiss noch nicht vollzogen worden war. 4) Diese Formeln waren ein Ergebniss der königlichen Interpretatio legum und hatten somit 5) die Natur von leges. 6) Der römische König war bloss der Vertreter der Rechtsordnung, stand unter den Volksgesetzen; das Recht der Gnade übte der eigentliche Souverän, das Volk selbst, aus.

Die zweite Stelle, in welcher die Interpretation des Königs erwähnt und sogar mit der Entwicklung der Rechtsgleichheit der Bürger in Zusammenhang gebracht wird, findet sich bei Cicero de republ. V. 2, §. 3 und lautet: (Nihil esse tam) regale, quam explanationem aequitatis, in qua juris erat interpretatio, quod jus privati petere solebant a regibus.

---

18) Röm. Gesch. I. S. 83.
19) Kuntze, Excurse S. 76.

— Nec vero quisquam privatus erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur judiciis regiis. Hiermit sind zu vergleichen die Bemerkungen, welche Mommsen[20]) über die absolute Rechtsgleichheit der Bürger in der Königszeit ausspricht.

Es ist zu bedauern, dass der Eingang dieser Stelle uns nicht mehr erhalten ist, gleichwohl aber lässt sich ihr Sinn noch bestimmen, wenn wir damit Mommsens angedeutete Bemerkungen und das vergleichen, was Tacitus in Ann. III. 26 über die aequitas des ältesten Rechtes schreibt: At postquam exui aequalitas et pro modestia ac pudore ambitio et vis incedebat, provenere dominationes multosque apud populos aeternum mansere. Quidam statim, aut postquam regum pertaesum, leges maluerunt. Hae primo rudibus hominum animis simplices erant; maximeque fama celebravit Cretensium, quas Minos, Spartanorum, quas Lycurgus, ac mox Atheniensibus quaesitiores jam et plures Solo perscripsit. Nobis Romulus, ut libitum, imperaverat, deinde Numa religionibus et divino jure populum devinxit, repertaque quaedam a Tullo et Anco. Sed praecipuus Servius Tullius sanctor legum fuit, quis etiam reges obtemperarent. Pulso Tarquinio adversum patrum factiones multa populus paravit tuendae libertatis et firmandae concordiae, creatique decemviri et accitis, quae usquam egregia, compositae duodecim tabulae, finis aequi juris. Nam secutae leges etsi aliquando in maleficos ex delicto, saepius tamen dissensione ordinum et apiscendi inlicitos honores aut pellendi claros viros aliaque ob prava per vim latae sunt.

In dieser Stelle bespricht Tacitus die ältesten Rechtszustände, hebt die geringe Zahl und Einfachheit der Gesetze in den ältesten Zeiten hervor, nimmt in Folge der immer grösseren Entsittlichung eine stetige Abnahme der Rechtsgleichheit der Bürger an, und bezeichnet die Zwölftafelgesetze als die letzten Gesetze, in denen noch das jus aequum seinen Ausdruck fand, wie denn noch diese Gesetze kein einziges Vorrecht, kein einziges Privilegium eines Standes kannten[21]). In gleicher Weise scheint nun Cicero in der angeführten uns nur theilweise erhaltenen Stelle das aequum jus in die Königszeit verlegt zu haben, weil er die explanatio aequitatis, d. h. die Entwicklung der Rechtsgleichheit, als die eigentliche Aufgabe der Könige betrachtet. Diese Entwicklung schreibt er aber der interpretatio juris zu, weil er sagt, dass diese sich in der Entwicklung der Rechtsgleichheit bewegt habe (in qua juris erat

---

20) Röm. Gesch. I. S. 70. — 21) Jhering I. 1. S. 89.

interpretatio). Dass er aber hier die juris interpretatio der römischen Könige meint, zeigt seine beigefügte Erklärung: quod jus privati petere solebant a regibus. Es entsteht die Frage, welche interpretatio juris hier Cicero meint, und was er unter jus petere a regibus versteht. Die gewöhnliche Subsumption concreter Fälle unter das Gesetz, also die Function der gewöhnlichen Jurisdiction, kann Cicero hier nicht meinen, weil aus dieser Interpretation jene Rechtsgleichheit der Bürger noch nicht hervorgehen kann, deren Entwicklung er den Königen zuschreibt. Die juris interpretatio muss also hier im Sinne einer neues Recht erzeugenden Auslegung, oder im Sinne einer Quelle der Rechtsentwicklung aufgefasst werden, wie ja noch Plautus (Miles IV, 1. V. 6, Pseud. I, 1. V. 40) unter „interpres“ nicht einen Ausleger, sondern nur einen „Vermittler“ versteht. Diese Auffassung erscheint um so gerechtfertigter, als Tacitus in der angeführten Stelle für die ältesten Zeiten nur wenige und einfache Gesetze annimmt. Wenn es aber in der Königszeit, wie es die Natur der Sache selbst mit sich bringt, nur wenige und einfache Gesetze gab, und wenn die Interpretation derselben ausschliesslich dem Könige zustand, so folgt daraus mit Nothwendigkeit, dass die eigentliche Rechtserzeugung die Interpretation des Königs war, der König also „als Quelle des Rechtes“ (Rubino) und als viva vox juris civilis betrachtet werden musste. Darum konnte aber auch das Richteramt nur der König allein, und zwar stets nur in Person ausüben, und darum gab es für die Einzelnen kein Recht ausser durch den König (quod jus privati a regibus petere solebant).

Die dritte oben angedeutete Stelle ist Dionysius II, 14, wo er die Prärogativen des römischen Königs anführt, als die erste derselben die sacrale Hoheit angibt und dann so fortfährt: *ἔπειτα νόμων τὲ καὶ πατρίων ἐθισμῶν φυλακὴν ποιεῖσθαι.*

Ehe ich auf die Auslegung dieser Worte eingehe, sei mir die Bemerkung erlaubt, dass Dionysius, wenn er die Feststellung der königlichen Prärogativen auf Romulus zurückführt, nur der römischen Tradition folgt, welche die Einrichtungen des römischen Königthums gerne auf Romulus bezieht, wobei es selbstverständlich ist, dass diese Rückbeziehung keine andere Bedeutung haben kann, als um für die überlieferten königlichen Einrichtungen einen geschichtlichen Träger zu gewinnen.

Die erste Schwierigkeit der Auslegung bieten in dem angeführten Satze die Worte: *φυλακὴν ποιεῖσθαι.* Sell[22]) übersetzt: „Die

22) Recuperatio, 1837. S. 157.

Könige überwachten die Befolgung der Gesetze und Gewohnheiten". Im gleichen Sinne deutet diese Worte noch Zumpt[23]): Der König hatte über die Gesetze und väterlichen Sitten die Aufsicht zu führen" und ebenso bezeichnet Walter[24]) den römischen König als „den Wächter der Sitten und Gesetze". Ich meine, dass diese Auffassungen den Sinn dieser Worte ganz entstellen, weil sie, statt dem Könige im Sinne des Dionysius eine Prärogative (γέρας) zu geben, demselben nur eine untergeordnete polizeiliche und censorische Pflicht auferlegen. Es ist dabei übersehen, dass Dionysius erst in Rom seine Studien der lateinischen Sprache begann, und dass ihm alterthümliche Redewendungen und technische Bezeichnungen seiner Quellen immer unverständlich geblieben waren. Dionysius übersetzt also solche Stellen meist wörtlich, gebraucht aber dabei mitunter Ausdrücke, welche im Griechischen nicht das ganz Gleiche bezeichnen. So hatte er den Ausdruck judicium populi, welchen seine Quellen über den Prozess des Horatius enthielten, im Sinne eines eigentlichen judicium populi aufgefasst, und daraus für das römische Volk in der Königszeit das Recht abgeleitet, in Strafprozessen über das Caput eines Bürgers zu entscheiden (κρίσις θανατοφόρος). Ebenso hatte er aus dem „creare duumviros" gefolgert, dass das römische Volk schon in der Königszeit das Recht der Beamtenwahl ausübte. Ein gleiches Missverständniss liegt meines Erachtens auch hier vor, insofern Dionysius den Ausdruck seiner Quelle zwar wörtlich übersetzt, durch die wörtliche Uebersetzung aber den Sinn derselben verdunkelt. Es ist nämlich bekannt, dass Cicero in seiner Schrift de legibus bei der Formulirung seiner Grundgesetze absichtlich alterthümlich sich ausdrückt, um die altehrwürdige Sprache der Zwölftafelgesetze nachzuahmen. Cicero aber sagt in der erwähnten Schrift lib. III c. 3 §. 8: Juris disceptator, qui privata judicet, judicarive jubeat, praetor esto: is custos juris civilis esto. Es wird wohl kein Jurist den Prätor urbanus „zum Aufseher des Civilrechts" machen. Es ist kein Zweifel, dass Dionysius die ungewöhnliche Bezeichnung des römischen Königs als custos juris oder legum nicht selbst erdachte, sondern sie in seinen Quellen fand, und sie dann nach seiner Weise durch wörtliche Uebersetzung mit φυλακὴν ποιεῖσθαι (custodiam habere) wieder gab. Der Ausdruck custos juris civilis bietet aber sogar noch uns Schwierigkeiten, wofür die Erklärung Bethmann-Hollwegs[25]) zum Beweise dienen mag. Wie

---

23) Criminal-Recht I. S. 41. — 24) R.G. 3. Aufl. S. 30. — 25) Civilprozess II. S. 15—18.

ich unten weitläufiger zeigen werde, und wie auch das Wort selbst andeutet, hiess der Prätor urbanus darum custos juris civilis, weil die Entwicklung des gesetzlichen Civilrechts ihm allein anvertraut war; wenn nun die Quellen des Dionysius auch den König als custos legum vel juris legitimi bezeichneten, so sagten auch sie, dass dem römischen König die Entwicklung der leges oder des gesetzlichen Rechtes anvertraut war. Damit aber deutet auch Dionysius die Function jener königlichen interpretatio legum an, welche ich an Liv. I. 26 und Cicero de repub. V. 2. §. 3 nachgewiesen zu haben glaube.

Nach Dionysius war aber der König nicht nur ein φύλαξ νόμων, sondern auch ein φύλαξ πατρίων ἐθισμῶν. Die römischen Quellen sprechen von mos oder mores, allein dieser Ausdruck kann ebenso das blosse Herkommen als ein Gewohnheitsrecht bezeichnen. Auf die Bildung des blossen Herkommens konnte der König keinen Einfluss ausüben, weil das Herkommen, die Sitte unabhängige Erscheinungen des Lebens sind. Aber ebenso wenig konnte der König dem Volke die zwingende Macht des nationalen Rechtssinns und die dadurch erzeugte Nothwendigkeit des gewohnheitsrechtlichen Handelns geben. Der Einfluss des Königs beschränkte in dieser Beziehung sich darauf, dass er als interpres legum und als Richter einen gewohnheitlichen Act als rechtsverbindlich anerkannte und dadurch auch auf die Rechtsbildung durch Gewohnheiten einwirkte[26]). Als eine selbstständige Quelle des Rechts erscheint die Gewohnheit weder in der Königszeit, noch in der Zeit der Republik, weil ihre Rechtserzeugung von der Anerkennung des zur Interpretation des gesetzlichen Rechts berufenen Organs abhängig war. Dies erklärt die schon von Jhering hervorgehobene, uns befremdliche Thatsache, dass die Gewohnheit weder bei Sextus Aelius noch bei Gaius als Rechtsquelle angegeben ist. Wenn also Dionysius die custodia legum des Königs mit der custodia morum in Verbindung setzt, so sagt er damit, dass dem römischen König als dem Interpres legum auch die Anerkennung der für diese Zeit gewiss wichtigen Rechtserzeugung durch Gewohnheiten anvertraut war. Wenn also der König einen gewohnheitlichen Act als rechtserzeugend anerkannte, und den Streit entweder selbst entschied, oder, wie ich bald zu zeigen haben werde, als alleiniger Richter auch einem Privatmann eine Instruction für die Untersuchung und Entscheidung des Streites gab, so war die materielle actio zwar aus der Ge-

26) Vgl. Kuntze, Cursus S. 46 und Bruns in Holtzendorff's Encyclop. der RW. I. S. 260.

wohnheit entsprungen, allein sie wurde durch die Anerkennung des Königs und durch ihre Einkleidung in seine formula legitima in eine gesetzliche actio verwandelt, wesshalb Dionysius die rechtlichen Entscheidungen der Könige überhaupt Gesetze nennt[27]): Mochte also der König unmittelbar oder mittelbar als Richter thätig gewesen sein, seine rechtliche Entscheidung hatte stets die Natur eines Gesetzes, weil er als authentischer interpres legum die alleinige stets lebendige Quelle des Rechtes war. Als eine Bestätigung des Gesagten betrachte ich das, was Gaius in IV. 26 von der legis actio per pignoris capionem sagt: Per pignoris capionem l e g e agebatur de quibusdam rebus m o r i b u s, (de quibusdam rebus) lege. Der gewohnheitliche Act des pignus capere hatte also in den von Gaius angeführten Fällen eine gesetzliche Geltung erlangt, weil er ebenfalls legis actio genannt wurde; er muss also irgendwann von dem zur Interpretation des gesetzlichen Rechtes berufenen Organ anerkannt worden sein, und dadurch eine gesetzliche Natur erhalten haben[27a]).

War nun der römische König der interpres legum und als solcher das Organ der Rechtsentwicklung, so folgt daraus mit zwingender Nothwendigkeit, dass es in der Zeit der Könige für die Rechtspflege wirkliche Volksgesetze gab. Als ein solches wurde oben die lex über die perduellio anerkannt; ebenso wurde schon oben dargethan, dass unter den von Tacitus dem Könige Servius Tullius zugeschriebenen Gesetzen wirkliche Volksgesetze zu verstehen sind. Diese Nachricht des Tacitus wird auch von Dionysius (IV. 44) und von Appian (bellum civile I. 59) bestätigt. Ersterer berichtet, dass die von Servius Tullius gegebenen Gesetze auf Tafeln standen, welche auf dem Markte aufgestellt waren; letzterer aber lässt Sulla erklären, dass nach der ursprünglichen von Servius Tullius gegebenen Verfassung der Volksversammlung nur das vorher im Senate Berathene und Beschlossene zur Bestätigung vorzulegen war, und dass diese ursprüngliche Verfassung nur durch die Volkstribunen abgeändert wurde[28]). Es ist kein Zweifel, dass diejenigen Gesetztafeln des Servius Tullius, welche Tarquinius Superbus vom Markte entfernen liess (Dionys. IV. 44), nach der Vertreibung dieses Königs wieder öffentlich aufgestellt wurden: es ist also wahrscheinlich, dass die „leges regiae“, welche durch den Gallischen Brand der Stadt zugleich mit den zwölf Gesetztafeln zerstört worden waren, die noch giltigen und öffentlich aufgestellten Volksgesetze aus der Zeit des

27) Dionys. X. 1: *καὶ τό δικαιωθέν ὑπ' ἐκείνων νόμος ἦν.*

27a) Vgl. jetzt auch Bekker, die Actionen des röm. PR. I. S. 94.

28) Vgl. A. W. Zumpt, oder: Crim. R. III, 2. S. 294.

Königs Servius Tullius waren[29]). Wenn aber Tacitus den Servius Tullius einen praecipuus sanctor legum nennt, so folgt von selbst daraus, dass die übrigen Könige zwar keine praecipui, aber doch gewöhnliche sanctores legum waren.

Es fragt sich weiter, ob diese Volksgesetze zahlreich waren, und welchen Charakter sie hatten.

In der oben angeführten Stelle erwähnt Tacitus die Gesetzgebung des Minos (etwa 700 J. vor Romulus), des Lykurgos (100 J. vor Gründung Roms), des Solon (um 594 v. Ch., also Zeitgenossen des Tarquinius Priscus) und die Gesetze der ersteren seien simplices, die des letzteren quaesitiores et plures gewesen. Wenn wir nun berücksichtigen, dass Cicero[30]) das Zeitalter des Romulus in Hinblick auf die Cultur Griechenlands bereits als ein Zeitalter der Cultur bezeichnet, und erwägen, dass in dieser Zeit die Völkerschaften am Mittelmeere überhaupt bereits auf einer höheren Stufe der Cultur und mit einander in Verkehr standen, so werden wir den römischen Königen vor Servius Tullius zum mindesten so viele Justizgesetze, als dem Minos und Lykurgos zuschreiben können. In welchem Masse Servius Tullius nach des Tacitus Ausdruck ein praecipuus sanctor legum war, können wir aus Dionysius (IV. 13) entnehmen, wo berichtet wird, dass dieser König 50 Justizgesetze über Contracte und Delicte, wahrscheinlich aber auch über das gerichtliche Verfahren (vgl. IV. 25) der Volksversammlung zur Genehmigung vorgelegt habe[31]). Weil nun Cicero die Zwölftafelgesetze im Vergleich mit der Solonischen Gesetzgebung, welche das Privatrecht wohl weniger als das öffentliche berücksichtigt hatte, als einen grossen Fortschritt bezeichnet[32]), so können wir schon der Justizgesetzgebung des Servius Tullius den Werth der Solonischen zusprechen.

---

29) Livius VI. 1: In primis foedera ac leges (erant autem eae duodecim tabulae et quaedam regiae leges) conquiri, quae compararent, jusserunt: alia ex iis edita etiam in vulgus: quae autem ad sacra pertinebant, a pontificibus maxime, ut religione obstrictos haberent multitudinis animos, supressa. Festus s. v. probrum: Probrum virginis vestalis ut capite puniretur, vir, qui eam incestavisset, verberibus necaretur: lex fixa in atrio Libertatis cum multis aliis incendio consumpta est, ut ait M. Cato.

30) de republ. II. 10: Romuli — aetatem — jam inveteratis literis atque doctrinis omnique illo antiquo ex inculta hominum vita errore sublato fuisse cernimus. Nam in id saeculum Romuli cecidit aetas, quum jam plena Graecia poetarum et musicorum esset.

31) Vgl. Bethmann-Hollweg, Civilpr. I. S. 45, 46.

32) Cic. de orat. I. 44: Quantum praestiterint nostri majores prudentia

Schwieriger ist die Frage, welchen Charakter die Volksgesetze dieser Zeit hatten.

Die ältesten Gesetze bezeichnet Tacitus als simplices, die des Solon als quaesitiores et plures. Leges simplices sind doch wohl solche Gesetze, deren Inhalt einem Jeden verständlich ist. Die leges quaesitiores stellen an das Verständniss der Bürger zwar grössere Anforderungen, müssen aber dennoch immer als gemeinverständliche betrachtet werden. Gemein-verständliche Justizgesetze sind aber nur solche, welche entweder allgemeine Grundsätze oder ganz concrete Bestimmungen enthalten, unter welchen letzteren ich hier besonders die Bestimmungen über Strafen und Bussen verstehe. Dieser Charakter der Gesetze dieser Zeit ergibt sich aber auch daraus, dass das Princip der Repraesentation des Volkes, welches die modernen Verfassungen enthalten, dem Alterthum überhaupt, ganz besonders aber den alten Städteverfassungen unbekannt war. Weil nämlich alle Vollbürger an der Legislation sich unmittelbar betheiligten, ihre politischen Rechte also persönlich ausübten, so musste für diese unmittelbare Ausübung der politischen Rechte ein entsprechender Modus beobachtet, und Fragen ausgeschlossen werden, für welche die Gesammtheit des Volkes kein Verständniss haben konnte. Sind wir doch noch heut zu Tage genöthigt, bei der Justizgesetzgebung den Einfluss der Volksvertretungen thatsächlich auf die Feststellung der Principien zu beschränken, die technische Ausführung derselben aber fachkundigen Commissionen zu überlassen. Wie sollte bei der Städteverfassung des römischen Alterthums, welche alle Bürger zur persönlichen Ausübung ihrer politischen Rechte berief, der Einfluss des Volkes sich auf mehr erstreckt haben als auf die Genehmigung oder Verwerfung der ihm in Frageform vorgelegten obersten Justizgrundgesetze? Ein allgemein bekanntes Beispiel einer bloss principiellen Gesetzgebung aus der ältesten Zeit bieten die Bestimmungen des Mosaischen Dekalog's, welche als Grundgesetze des israelitischen Volkes nicht bloss die Grundlagen des gesammten Rechtes dieses Volkes waren, sondern noch heut zu Tage die Fundamente unserer Civilisation sind. In dieser unmittelbaren Betheiligung des gesammten römischen Volkes an der Legislation liegt auch die Erklärung, warum die Volksversammlung dem Könige und dem Senate gegenüber kein Recht

---

ceteris gentibus, tum facile intelligetis, si cum illorum Lycurgo et Dracone et Solone nostras leges conferre volueritis. Incredibile est enim, quam sit omne jus civile, praeter hoc nostrum, inconditum ac paene ridiculum.

der Initiative, kein Recht der Abänderung der vorgelegten Rogation, kein Recht, ihr einen Zusatz zu geben oder sie zu theilen, und kein Recht der Debatte über dieselbe hatte. War aber dem römischen Volke die Mitwirkung bei der Feststellung der obersten Grundgesetze gesichert — die Theilnahme an dieser Gesetzgebung wird ihm wohl eine lex de imperio gesichert haben —, so muss dasselbe in einer viel wirksameren Weise seine Souveränetät bethätigt haben, als dies sogar in den modernen Republiken der Fall war und ist, wo die Repräsentanten des Volkes nicht selten Principien zur Geltung bringen, für welche die Urwähler und Wähler kein Verständniss haben, und dieselben als ihnen fremde, wenn nicht, wie die Franzosen, bei nächster Gelegenheit wieder abschütteln, so doch sie nicht pflegen und nicht schützen. Ich muss also Mommsen beistimmen, wenn er die Souveränetät nicht dem Könige, sondern der Bürgergemeinde zuspricht[33]). Endlich entspricht die hier vertheidigte Ansicht, dass die Justizgesetze der Königszeit bloss principieller Natur waren — abgesehen von den in der Natur der Sache begründeten Ausnahmen z. B. hinsichtlich der Strafen und Bussen u. s. w. —, auch der weiteren Entwicklung des römischen Civilrechts, weil, wie ich unten zu zeigen haben werde, noch die Zwölftafelgesetze zu gutem Theile nur principieller Natur waren, wie ja sogar noch die von Cicero in seiner Schrift de legibus proponirten Gesetze sich nur als oberste Grundgesetze darstellen. Es ist einleuchtend, dass die interpretatio legum des römischen Königs erst durch diesen principiellen Character der Gesetze ihre hohe Bedeutung und grosse Tragweite erhält. Je allgemeiner das zu interpretirende Gesetz gefasst ist, desto weiter reicht die Wirksamkeit des Interpreten, und desto umfangreicher wird die auf der Interpretation beruhende Entwicklung des Rechtes. Damit ist aber auch die nähere Bestimmung dieser Bedeutung und Tragweite von selbst gegeben. Weil nämlich bloss principielle Gesetze auf das wirkliche Leben noch keinen unmittelbaren Einfluss ausüben, so folgt daraus, dass die Befriedigung der Bedürfnisse des Lebens eine Aufgabe des zur Interpretation (Vermittlung) berufenen Organ's war. Da aber die Ergebnisse der legalen Auslegung selbst Gesetze sind, so stand dem römischen König durch diese legale Interpretation der principiellen Gesetze im Gebiete der Rechtspflege die ganze praktische Gesetzgebung zu. Diese wichtige, von Dionysius unter den Prärogativen des Königs gleich nach der sacralen Hoheit hervorgehobene Gewalt bildete einen wesentlichen Bestandtheil der

33) Röm. Gesch. I. S. 82.

regia potestas, sie muss dem Könige also durch eine lex de imperio ausdrücklich verliehen worden sein.

Das Resultat meiner bisherigen Untersuchungen über die staatsrechtliche Stellung des römischen Königs in der Rechtspflege bestimmt sich also in Kürze so:

1) die Interpretation war ein staatsrechtliches Institut;
2) der König war bei Erlassung principieller Justizgesetze an die Zustimmung der Volksversammlung gebunden;
3) die Ausführungsgesetzgebung dieser principiellen Gesetze stand dem Könige selbständig zu;
4) diese Ausführungsgesetzgebung übte der König in der Form der legalen Interpretation jener principiellen Gesetze aus: er hatte also die potestas legum interpretandarum und war in diesem Sinne auch der custos juris civilis und die viva vox juris civilis[34]).

Bestimmung des Gebietes der königlichen potestas legum interpretandarum in der Rechtspflege.

§. 3. Unter den Prärogativen (*γέρατα*, *γέρα*) des römischen Königs nennt Dionysius in II. 14 ausser der sacralen Hoheit und der custodia legum atque morum an dritter Stelle das „*παντὸς τοῦ κατὰ φύσιν ἢ κατὰ συνθήκας δικαίου προνοεῖν*“.

Sell[1]) übersetzt diese Stelle so: die Könige hatten für die Erfüllung der natürlichen oder durch Verträge übernommenen Verbindlichkeiten zu sorgen. Ebenso versteht A. W. Zumpt[2]) diese Stelle, wenn er sie so wiedergibt: der König hatte für das natürliche oder vertragsmässige Recht Sorge zu tragen. Allein die Sorge für die Erfüllung der Verbindlichkeiten, natürlicher oder vertragsmässiger, fällt nicht dem Könige, sondern dem Berechtigten zu. Zumpt's Uebersetzung aber bedarf noch der näheren Bestimmung, wie der König für das natürliche und vertragsmässige Recht Sorge trug.

Ein wahrhaftes Rechtsgeschäft, sagt Jhering[3]), war für die ältere Zeit nur das, welches in Form Rechtens auftrat, und Mommsen[4]) nimmt die Existenz der Mancipatio schon für die Königszeit

---

34) Weil sowohl die hier angeführten als die unten anzuführenden Quellen die Ergebnisse der legalen Interpretation geradezu leges nennen, so glaubte auch ich diesen Sprachgebrauch beibehalten zu müssen.

1) Recuperat. S. 157. — 2) a. O. I. S. 41.

3) Geist. II. 1. S. 18. — 4) Röm. Gesch. I. 1. S. 154.

an. Wenn nun Rechte ohne bestimmte gesetzliche Formen gar nicht zur Existenz gelangten, und wenn der König die stets lebendige Quelle des Rechtes war, so muss ihm auch die Feststellung dieser Formen anvertraut gewesen sein. Dass aber die Quellen des Dionysius nur von dem Rechte des Königs sprechen, die Rechts-formen zu bestimmen, das folgt sowohl daraus, dass dieses Recht schon aus der dem Könige vorbehaltenen Ausführungsgesetzgebung fliesst, als auch daraus, dass Dionysius unmittelbar darauf als vierte Prärogative des Königs das Recht angibt, die Formen des Processes zu bestimmen: „dem Könige war die Prärogative vorbehalten, die wichtigsten Rechtsverletzungen in eigner Person zu richten, minder wichtige aber den Senatoren zu überlassen, Sorge tragend, dass in den Processen nichts ohne bestimmte Ordnung geschehe"[5]). Die formula legitima, welche König Tullus im Processe des Horatius den Duumvirn gab, wurde oben besprochen, und die Folgerung hinzu gefügt, dass, weil der Strafprocess in jener Zeit vom Civilprocess sich noch nicht losgelöst hatte, solche formulae legitimae auch im Civilprocesse in Uebung gewesen sein mussten. Der Sinn des ersten Satzes dieser Stelle des Dionysius kann also nur der sein, dass der König für minder wichtige Processe auch einem oder mehreren Senatoren eine Instruction zur Untersuchung und Entscheidung des Streites geben konnte, ohne dass er desshalb aufhörte, alleiniger Richter und alleinige stets lebendige Quelle des Rechtes zu sein. Der Sinn des zweiten Satzes hingegen ist völlig klar: das Klagrecht ist auch ein Recht, und zwar das Recht des Berechtigten selbst in der Eigenschaft seiner gerichtlichen Geltendmachung. Wie nun für die Römer der ältesten Zeit kein Recht ohne bestimmte gesetzliche Form existirte, so bedurfte auch das Klagrecht einer solchen, um wirksam zu sein. Diese Form, durch welche die Klagrechte wirksam wurden, waren die formulae agendi, welche aus der legalen Interpretation des Königs hervorgegangen, eine gesetzliche Natur hatten, und darum formulae legitimae agendi waren. Zu dem, was Dionysius hier kurz andeutet, gibt er in IV. 25 folgende Ergänzung: „König Servius Tullius trennte die Klagen der Einzelnen von den Klagen des Volkes, und führte die Untersuchungen über Rechtsverletzungen, welche sich auf das Gemeinwesen bezogen, persönlich, bestimmte aber, dass für Rechtsverletzungen gegen Einzelne Private als Richter bestehen sollten, indem er die-

5) Dionys. II. 14: *βασιλεῖ μὲν οὖν ἐξῄρητο τάδε τὰ γέρα — — τῶν τε ἀδικημάτων τὰ μέγιστα αὐτὸν δικάζειν, τὰ δε ἐλλάττονα τοῖς βουλευταῖς ἐπιτρέπειν, προνοούμενον, ἵνα μηδὲν γένηται περὶ τὰς δίκας πλημελές.*

sen durch Gesetze, welche er selbst gab, Gränzen und Formen ihrer Thätigkeit ordnete[6]). Unter den hier von Dionysius erwähnten *κανόνες* haben schon Bethmann-Hollweg[7]) u. A. „die Anfänge der legis actiones" verstanden.

Der römische König hatte also innerhalb der vom Volke genehmigten principiellen Justizgesetze die selbstständige rechtsetzende Macht:

I) im Gebiete des materiellen Rechtes, und zwar:
   1) des gesetzlichen
   2) des gewohnheitlichen;

II) im Gebiete des formellen Rechtes:
   1) für die Bestimmung der Formen der Rechtsgeschäfte
   2) für die Bestimmung der Formen des Processes.

Es gab also in der Königszeit zwei Arten des gesetzlichen Rechtes, oder zwei Arten von leges: 1) die Volksgesetze als oberste Grundgesetze, 2) die leges regiae im engeren Sinne, als königliche Ausführungsgesetze. Diese Arten der Justiz-Gesetze unterschieden sich dadurch von einander, dass die ersteren aus der unmittelbaren, die letzteren aber, auf der durch eine lex de imperio dem Könige übertragenen potestas legum interpretandarum beruhend, aus der mittelbaren Volksgesetzgebung hervorgegangen waren, welche noch in der Zeit der Republik in mehreren Arten in Uebung war. Ein weiterer Unterschied bestand darin, dass die ersteren den Tod des Königs unbedingt überdauerten, die letzteren aber den Nachfolger in der königlichen Würde nicht unbedingt banden, weil die Interpretatio ihrer vermittelnden Natur gemäss den Bedürfnissen der Zeit Rechnung zu tragen hatte, der König aber bei der Ausübung dieser Prärogative unabhängig war.

Hiermit ist auch die oben bei Seite gelassene Frage über die Natur der eigentlichen leges regiae beantwortet, und die Behauptung begründet, dass diese nicht als Gewohnheitsrecht zu bestimmen sind. Es ist nicht ohne Interesse zu sehen, wie viel Rubino[8]) bloss die überlieferte Bezeichnung „leges regiae" zu schaffen gab, um ihnen den mos majorum substituiren zu können. Was nun die Natur der uns überlieferten leges regiae betrifft[9]), so lässt sich

---

6) Dionys. IV. 25: *ἐκεῖνος διελὼν ἀπὸ τῶν ἰδιωτικῶν* (scil. *ἐγκλημάτων*) *τὰ δημόσια, τῶν μὲν εἰς τὸ κοινὸν φερόντων ἀδικημάτων αὐτὸς ἐποιεῖτο τὰς διαγνώσεις, τῶν δὲ ἰδιωτικῶν ἰδιώτας ἔταξεν εἶναι δικαστάς, ὅρους αὐτοῖς κανόνας τάξας, οὓς αὐτὸς ἔγραψε νόμους.*

7) Civilpr. I. S. 56. — 8) a. O. S. 415 fg.

9) Bruns, fontes jur. Rom. antiq. p. 1—12. edit. 2; Kuntze, Excurse S. 78.

bei dem Umstande, dass die römischen und griechischen Quellen die eigentlichen leges regiae von den in der Königszeit zu Stande gekommenen Volksgesetzen nicht unterscheiden, wohl kaum mehr ganz sicher unterscheiden, ob diese leges regiae der einen oder der anderen Art angehören. Weil jedoch principielle Gesetze auf das praktische Leben nur selten einen unmittelbaren Einfluss auszuüben vermögen, eine praktische Wirksamkeit also nur die eigentlichen leges regiae hatten, so ist es wahrscheinlich, dass uns in den überlieferten leges regiae nur die eigentlichen Königsgesetze vorliegen, eine Annahme, welche durch die concrete Natur ihrer Bestimmungen bestätigt wird. Nach der Vertreibung des Tarquinius Superbus veranstalteten Mitglieder des durch Rechtskunde ausgezeichneten Papirischen Geschlechtes eine Sammlung der königlichen Gesetze. Ueber die Einrichtung dieser Sammlung haben wir keine Nachricht, aber sie war während der ganzen Zeit der Republik bekannt, und wurde in dem Theile, welcher die religiösen Bestimmungen enthielt, nicht nur von Alterthumsforschern benutzt. Zur Zeit der Dictatur Caesar's unternahm Granius Flaccus eine Ueberarbeitung der Papirischen Sammlung: er nannte sie nach dem Gebrauche seiner Zeit jus Papirianum. Dieses hatte sachliche Abtheilungen, von denen die eine „jus civile", eine andre „de ritu sacrorum" hiess: innerhalb derselben waren die betreffenden Gesetze der Könige zusammengestellt[10]).

Durch die hier nachgewiesenen zwei Arten von leges, welche die von den Berichterstattern benutzten Quellen nicht überall genau unterscheiden, erklären sich nun auch die scheinbaren Widersprüche, welche ich oben im Eingange des §. 2 angedeutet habe und welche auch die Gegensätze der Ansichten der neueren Forscher veranlassten. Allein gerade dieser Widerspruch der Quellen gibt uns die sichere Bürgschaft, dass die Berichterstatter sich keine willkürlichen Angaben erlaubten, wenn sie bald von Curiatgesetzen, bald von Gesetzen reden, welche die römischen Könige aus eigener Macht erliessen. Da sie nämlich das Recht des Königs, aus eigener Macht Gesetze zu geben, nach den Anschauungen des Alterthums als ein selbstverständliches betrachten, und bei ihrer Darstellung unsere jetzigen Bedürfnisse natürlich nicht berücksichtigen konnten, ihren Zeitgenossen es aber mehr um eine unterhaltende als belehrende Lectüre zu thun war, so vermeiden sie absichtlich alle bloss gelehrten Erörterungen, welche geeignet wären, uns eine tiefere Einsicht in die Zustände jener Zeiten zu verschaffen. „Nicht die Unkunde

10) Vgl. A. W. Zumpt, Crim. R. I, S. 26 -40, u. Noten S. 407—410; Sanio, Varroniana S. 185 fg.

der Schrift, vielleicht nicht einmal der Mangel an Documenten hat uns die Kunde der ältesten römischen Geschichte entzogen, sondern die Unfähigkeit der Historiker derjenigen Zeit, die zur Geschichtsschreibung berufen war, die archivalischen Nachrichten zu verarbeiten, und ihre Verkehrtheit, in der Tradition nach Schilderung von Motiven und Charakteren, nach Schlachtberichten und Revolutionserzählungen zu suchen, und darüber das zu verkennen, was sie dem ernsten und entsagenden Forscher nicht verweigert haben würde[11])".

Durch die hier nachgewiesenen zwei Arten der Gesetze wird aber nicht bloss der scheinbare Widerspruch zwischen dem Gesetzgebungsrecht der Comitien und des Königs beseitigt, sondern auch die Erklärung gewonnen, wie die Berichterstatter den römischen König bald als beschränkt, bald als unbeschränkt darstellen konnten. Weil nämlich principielle Gesetze auf das praktische Leben keinen unmittelbaren Einfluss auszuüben vermögen, die praktische Gesetzgebung aber den Königen vorbehalten war, so lag es nahe, das entscheidende Moment nicht in der Legislation der Comitien, sondern in der des Königs zu suchen, und den König als thatsächlich unbeschränkt darzustellen. Ich brauche wohl kaum zu sagen, dass hiedurch auch der Gegensatz der Ansichten der neueren Forscher seine Begründung und Erklärung findet.

Ich habe bisher die zweite, dritte und vierte der von Dionysius angegebenen königlichen Prärogativen besprochen, weil jene Prärogative, welche Dionysius als erste angibt, nicht bestritten ist: „Dem Könige waren folgende Prärogativen vorbehalten: Vorerst, dass er über geistliche Angelegenheiten und Opfer die oberste Entscheidung habe, und durch ihn alle Cultushandlungen vollzogen werden[12]). Hiermit spricht Dionysius dem Könige die unbeschränkte sacrale Hoheit und das Pontificat zu. In dieser Eigenschaft war der König die Quelle alles geistlichen Rechtes, also der Interpres des Willens der Götter, und in diesem Sinne auch der interpres juris divini. Da nun in den ältesten Zeiten bei allen Völkern die religiöse Idee alle Verhältnisse des menschlichen Lebens durchdrang und beherrschte, so hat Dionysius die sacrale Hoheit und die interpretatio juris divini mit Recht an die Spitze der königlichen Prärogativen gestellt, und

---

11) Mommsen, Röm. Gesch. I. S. 221. — 12) Dionys. II. 14: *βασιλεῖ μὲν οὖν ἐξῄρητο τάδε τὰ γέρα. πρῶτον μὲν ἱερῶν καὶ θυσιῶν ἡγεμονίαν ἔχειν καὶ πάντα δι' ἐκείνου πράττεσθαι τὰ πρὸς θεοὺς ὅσια.* Servius ad Vergil. Aen. III. 80: Majorum haec erat consuetudo, ut rex esset etiam sacerdos et pontifex. Auch Aristoteles, Polit. III, 14 spricht von dem Könige nur als Feldherrn, Richter und Priester.

ihr die custodia legum atque morum untergeordnet, dadurch aber zugleich gezeigt, dass ihm der innere und nothwendige Zusammenhang der Interpretatio juris divini und humani nicht unbekannt war. Wenn nun Dionysius in II. 14 alle königlichen Prärogativen, wenn auch nicht immer mit zutreffenden Worten, so doch dem Sinne nach in ihrem inneren Zusammenhang und ihrer natürlichen Aufeinanderfolge (interpretatio juris divini und humani, die Bestimmung der Formen der Rechtsgeschäfte und des Processes) richtig angibt, so können wir auch an der Richtigkeit seiner am nämlichen Orte gemachten Angabe, dass dem Volke das Recht zustand, die Gesetze zu genehmigen, um so weniger zweifeln, als diese seine Nachricht auch anderweitige Bestätigung findet. Ich muss mich also dafür aussprechen, dass das römische Königthum eine beschränkte Wahlmonarchie war, dass aber die Art ihrer Beschränkung mit den beschränkten Monarchien der Gegenwart keine Analogie hat, sondern sich als eine davon völlig verschiedene darstellt. Ich brauche hier wohl nicht mehr auszuführen, welchen Ansichten der neueren Forscher die hier geltend gemachte Anschauung nahe oder am nächsten steht, und worin sie sich von allen unterscheidet.

Der ständige Beirath des römischen Königs.

§. 4. Wie so eben dargelegt wurde, stand dem Könige nicht bloss die ganze Vollziehung, sondern auch die ganze praktische Justizgesetzgebung zu, wesshalb es von selbst einleuchtet, dass die Lösung einer so schwierigen Aufgabe die Kräfte eines einzigen Mannes überstieg, und dass der König namentlich für das Gebiet der Interpretation eines ständigen Beirathes bedurfte, um die Bedürfnisse des Lebens wahrzunehmen und ihnen Befriedigung zu verschaffen. Es ist also von vornherein wahrscheinlich, dass der römische König, wie der Hohe Priester der Juden, und die Könige Aegyptens, einen ständigen Beirath hatte, welcher als solcher allein die Fähigkeit besass, beim Wechsel der Personen im königlichen Amte die Rechtspflege ohne Störung auf den bereits gewonnenen Grundlagen fortzuleiten. Einen solchen Beirath hatte nun schon der zweite König Roms, Numa Pompilius eingesetzt [1]), welchen Livius (I. 18) als vir omnis divini et humani juris consultissimus, und als Begründer einer geordneten Rechtspflege bezeichnet [2]). In dem ständigen Beirath des Numa sassen die drei Flamines, maiores

---

1) A. W. Zumpt, Crim. R. I, 1. S. 420 Note 61.

2) Livius I. 19: Regno potitus urbem novam — jure legibus ac moribus de integro condere parat. vgl. Cicero de republ. II. 14, 26 de orat. I. 43.

der Dialis, Martialis, Quirinalis und ein Pontifex; der König war als fünfter der Vorstand des Collegiums, und wurde ohne Zweifel in den Fällen seiner Verhinderung vom Pontifex vertreten (vergl. Festus s. v. ordo sacerd. p. 185 M.). Es ist dies wohl jener Pontifex, welcher später nach Beseitigung des Königthums Vorstand des Collegiums wurde, und dann Pontifex Maximus hiess[3]). Dass diesem Stellvertreter des Königs die Interpretatio juris divini zustand, hebt Livius ausdrücklich an der Stelle hervor, wo er die Begründung des römischen Sacralrechts und des römischen Götter-Cultus erwähnt[4]); allein dass diesem Pontifex und dem Collegium auch die Interpretatio juris humani zukam, das folgt nicht nur aus der in dieser Zeit noch untrennbaren Verbindung des jus divinum mit dem jus humanum, sondern auch daraus, dass die Pontifices dem Könige in der Rechtspflege zur Seite standen, die Verzeichnisse der Gerichtstage führten[5]), und dass ihnen das Archiv der leges regiae ebenso anvertraut war[6]), wie der Hohe Priester der Juden über die Aufbewahrung und Erhaltung der Lex Dei Sorge zu tragen hatte[7]).

Der oberste Grundsatz für die Rechtspflege in der Königszeit.

§. 5. Wie die bisherigen Ergebnisse zeigen, bekundet das römische Volk schon in der Zeit der Könige die Eigenschaft in hervorragender Weise, welche es befähigte für die kommenden Geschlechter sichere Grundlagen der Rechtsordnung zu legen. Das ganze Leben beherrschend und den König bindend sollten nur jene Rechtsgrundsätze sein, welche der sittlichen Anschauung des gesammten Volkes entsprachen. Die concreten Lebensverhältnisse hingegen sollten durch die Formen des Rechtes nicht früher ihre Regelung und Fixirung erhalten, als die Erfahrung die wirklichen Bedürfnisse des Lebens gelehrt hätte. Dadurch aber wird deutlich

3) A. W. Zumpt a. a. O. I. 1. S. 241. — 4) Livius I. 20: Pontificem deinde Numam Marcium, Marci filium, ex patribus legit — — — — Cetera quoque omnia publica privataque sacra pontificis scitis subjecit, ut esset, quo consultum plebes veniret.

5) Mommsen, Chronolog. S. 16; W. S. Teuffel, Röm. Lit. I. S. 85.

6) Cicero, de republ. II. 14, 16; de orat. I. 43.

7) Hiermit ist zu vergl., was Rudorff in seinem Berichte über Theodor Mommsen's Corpus Inscript., Zeitschr. für RG. III. Bd. 1864 S. 160—188 namentlich S. 187 u. 188 über den ältesten römischen Kalender, den Numaischen und seine Gerichtstage bemerkt, an welchen der König auf dem Richterstuhle sitzend den Rechtsuchenden Gehör zu geben hatte, z. vgl. jetzt auch Bruns, Fontes Jur. Rom. p. 9. et 26. edit. 2.

ausgesprochen, dass das römische Volk das Leben selbst als die rechtbildende, den König aber nur als die rechtsetzende Macht betrachtete, dass also das wechselnde Leben als die eigentliche unmittelbare Quelle des Rechtes galt, der König als die rechtsetzende Macht aber nur die Aufgabe haben sollte, die Bedürfnisse des Lebens wahrzunehmen, unmittelbar daraus die Rechtsregeln abzuleiten, die Existenz der Rechte durch gesetzlich bestimmte Formen zu sichern, und ihnen dadurch eine rasche Realisirbarkeit zu verschaffen. Diese Bedingtheit der rechtsetzenden Macht war ohne Zweifel der entscheidende Grund, warum die potestas legum interpretandarum mit dem Richteramte in der Person des Königs unmittelbar vereinigt blieb, indem es einleuchtet, dass das staatsrechtliche Institut der Interpretation eine völlige Trennung des rechtsetzenden Organs vom Richteramte nicht gestattete und dass eine solche Trennung die Lahmlegung nicht nur des rechtsetzenden Organs, sondern auch des Richteramtes zur nothwendigen Folge gehabt hätte.

Nicht minder wichtig ist ein anderes Moment, welches ebenfalls die bisherigen Untersuchungen ergeben: die frühe Erkenntniss der Römer, dass die organische Entwicklung des Rechtes auch eines ständigen Organs bedarf, welches als solches allein befähigt ist, die Erfahrungen der Vergangenheit den kommenden Generationen zu überliefern, und die neuen Rechtssätze aus den vorhandenen zu entwickeln, wie ja auch ein Lebensbedürfniss das andere erzeugt, das erzeugende und erzeugte also als Ursache und Wirkung in einem inneren Zusammenhange stehen. Wenn ferner dieses Organ sogar ein Collegium war, dessen Mitglieder die Rechtskunde sich zur Lebensaufgabe gewählt hatten, und die besten Kräfte des Volkes darstellten, so ist dies eine Erscheinung, welche, wie keine andere, jenen Sinn der Römer für Ordnung und Recht zum Ausdruck bringt, durch welchen dieses Volk sich als Herrscher über die Völker des Alterthums legitimirt hat.

II. Capitel.

Die Veränderungen in der Rechtspflege in Folge des Sturzes des Königthums und die neue Stellung des Pontifical-Collegiums in der Civilrechtspflege.

§. 6. In Folge des Sturzes des Königthums traten in der Rechtspflege folgende Veränderungen ein: 1) die zwei Consuln erhielten: a) die criminalrechtliche Gerichtsbarkeit und potestas legum inter-

pretandarum; b) die civilrechtliche Gerichtsbarkeit; 2) die sacrale Hoheit des Königs ging auf den neuen Vorstand des Pontifical-Collegium's über, welcher von nun an Pontifex Maximus hiess; dieser Uebergang hatte aber auch die Uebertragung der civilrechtlichen potestas legum interpretandarum auf den Pontifex Maximus zur nothwendigen Folge; 3) an die Stelle der unmittelbaren Verbindung der civilrechtlichen potestas legum interpretandarum mit der civilrechtlichen Gerichtsbarkeit trat eine mittelbare, welche darin bestand, dass das Pontifical-Collegium jährlich ein anderes Mitglied für die Civilgerichte delegirte Ich habe nun diese Angaben zu begründen.

Es ist sicher bezeugt, dass die Gewalten, welche der König in sich vereinigte, beim Sturze des Königthums nicht untergingen, sondern in unveränderter Wesenheit nur andere Träger erhielten. So sagt Livius II. 1: Libertatis autem originem inde magis, quia annuum imperium consulare factum est, quam quod deminutum quidquam sit ex regia potestate, numeres. Omnia jura, omnia insignia primi consules tenuere. Hier spricht Livius von dem Uebergange der königlichen Machtfülle auf die ersten Consuln zwar so allgemein, dass man meinen könnte, die Consuln hätten alle königlichen Gewalten erhalten; allein eine solche Concentrirung aller königlichen Gewalten in jedem der beiden Consuln widersprach den Interessen der siegreichen patricischen Partei, weil diese die Früchte ihres Sieges unter möglichst Viele ihrer Partei zu vertheilen hatte. Wenn man jedoch die Worte des Livius näher erwägt, so zeigt es sich, dass er auch an dieser Stelle nur das Imperium des Königs im Auge hat. Weil er nämlich hier von „annuum imperium" spricht, der Pontifex Maximus aber weder ein Imperium hatte, noch jährlich gewählt wurde, so muss aus jenen Gewalten des Königs, welche auf die Consuln übergingen, die sacrale Hoheit und die damit in dieser Zeit noch untrennbar verbundene civilrechtliche potestas legum interpretandarum ausgeschieden werden. Weil aber auch die übrigen Stellen, welche den Consuln die königliche Machtfülle zusprechen, nur von dem Imperium reden, so sind auch sie unter der gleichen Beschränkung aufzufassen [1]). Darum berichtet Livius an mehreren Stellen,

1) Livius IV, 3: Consules in locum regum successisse? nec aut juris aut majestatis quidquam habere, quod non in regibus ante fuerit? — Cicero de republ. II. 32, 56: Consules potestatem habebant tempore duntaxat annuam, genere ipso ac jure regiam, und de legibus III. 3, 2: Regio imperio duo sunto.

dass die oberste Entscheidung in sacralen Angelegenheiten nicht den Consuln, sondern dem Pontifex Maximus zustand[2]). Dass die criminalrechtliche Gerichtsbarkeit des Königs auf die Consuln überging, ist nicht bestritten, und eben so wenig Widerspruch habe ich zu befürchten, wenn ich ihnen auch die criminalrechtliche potestas legum interpretandarum des Königs zutheile: die strafrechtliche Gewalt ist ein wesentlicher Bestandtheil des Imperium, sie kann also nur auf die Träger des königlichen Imperium übergegangen sein. Die Fasces und die Beile, welche sich die Consuln vorantragen liessen, geben dafür einen unwiderleglichen Beweis. Ebenso wenig ist bestritten, dass die sacrale Hoheit des Königs auf den Pontifex Maximus überging, und dass dessen Ansehen nun nicht nur nicht verringert, sondern sogar erhöht wurde[3]). Der Pontifex Maximus bezieht jetzt die Burg der Könige (regia), wo sich auch sein Collegium zu versammeln hat[4]), und bleibt bei allen das jus sacrum betreffenden Entscheidungen, welche er de sententia collegii trifft, von allem Einflusse der Consuln, des Senates und der Volksversammlung unabhängig. Da ich nun auch den Uebergang der civilrechtlichen Gerichtsbarkeit auf die Consuln annehme, welche sowohl von Livius (III, 55) als auch von Varro (L. L. V, 160) judices genannt werden, so beschränkt sich meine Abweichung von der heutigen Doktrin auf die Behauptung, dass die civilrechtliche potestas legum interpretandarum des Königs auf den Pontifex Maximus übergegangen sei. Diese Frage hat für mich eine besondere Bedeutung, ich bin also genöthigt, meine Behauptung noch tiefer zu begründen, als dies bisher durch die Verweisung auf die Untrennbarkeit des jus divinum vom jus humanum in dieser Zeit, und durch die Besprechung jener Stellen geschehen ist, welche scheinbar von der Uebertragung der ganzen Machtfülle des Königs auf die Consuln sprechen.

Um nun die Rechtfertigung meiner Behauptung mit der Betrachtung der Natur der Sache zu beginnen, so erscheint es mir sehr unwahrscheinlich, dass jenem ständigen Organ für die Rechtsentwicklung, welches schon Numa eingesetzt hatte, sein wichtiger und hoher Beruf entzogen worden sei in einer Zeit, da an die Stelle

---

2) Z. B. II. 2: Rerum deinde divinarum habita cura, et quia quaedam publica sacra per ipsos reges factitata erant, ne ubiubi regum desiderium esset, regem sacrificulum creant. Id sacerdotium pontifici subjecere, ne additus nomine honos aliquid libertati — officeret. Vgl. Kuntze, Excurse S. 73.

3) Vgl. Mommsen, Röm. Gesch. I. S. 255.

4) Marquardt, Röm. Alterth. IV. S. 205.

des lebenslänglichen Königs jährlich wechselnde Consuln traten, und man sich eben damit beschäftigte, die Wiederkehr einer Regierung unmöglich zu machen, wie jene des Königs Tarquinius war, welcher wohl mehr die Patricier als die Plebejer erbittert hatte. An der Spitze der gegen das Königthum gerichteten Bewegung standen Mitglieder der ersten patr. Familien: wir wissen aber, dass die Patricier das Priesterthum als ihr wichtigstes Privilegium betrachteten; dieser patricischen Revolution lässt sich also keine Beschränkung des Einflusses der Pontifices zumuthen. Die Führer dieser patricischen Revolution vertheilen zwar die an sich gerissene königliche Gewalt unter einander, sie sind aber weit entfernt, dieselbe in ihren einzelnen Functionen zu schwächen. Dem Könige stand, wie ich oben dargelegt habe, im Gebiete des Civilrechts die ganze praktische Gesetzgebung zu, er war auf Lebenszeit bestellt, und konnte schon dadurch auf die einheitliche Entwicklung des Rechtes günstiger einwirken als jährlich wechselnde Consuln, gleichwohl konnte er einen ständigen Beirath nicht entbehren; wie sollten die Consuln, welche jährlich wechselten, ihre Aemter am allerwenigsten ihren juristischen Kenntnissen verdankten, und mit einer Menge von Geschäften zu thun hatten, die dem Civilrecht ferne lagen, den Muth gehabt haben, sich zugleich als lebendige Organe der Civilrechtsentwicklung hinzustellen in einer Zeit, in welcher das Civilrecht noch in seiner Wiege lag und sichere Rechtsbegriffe erst zu gewinnen waren? Es kommt mir hierbei zu Statten, dass das Hereinziehen der Jurisprudenz der Privaten als eines Factors der Rechtsentwicklung für diese Zeit noch nicht möglich ist, und die Jurisprudenz vielmehr dort gesucht werden muss, wo sie im öffentlichen Interesse vorhanden sein musste. Positive Grundlagen des Rechtes vermag keine Jurisprudenz der Privaten zu legen, weil ihre Thätigkeit schon solche Grundlagen zur Voraussetzung hat; noch weniger konnten aber positive Grundlagen für das Recht jährlich wechselnde Consuln schaffen, denen wohl Alles näher stand als das Civilrecht.

Es sei mir erlaubt, hier ein argumentum ad hominem anzuwenden: Die Entwicklung des römischen Criminalrechts war wirklich den jährlich wechselnden Consuln und den schwankenden Majoritäten der Volksversammlung überlassen worden; wir wissen aber, wie wenig erfreulich es mit dem römischen Criminalrecht noch in jener Zeit bestellt war und blieb, in welchem das Civilrecht schon seine Triumphe feierte. In Deutschland hingegen hatte das Criminalrecht durch die Carolina positive Grundlagen gewonnen,

während das Privatrecht der gewohnheitlichen Rechtsbildung überlassen blieb — von der Jurisprudenz der Privaten wird hier nicht gesprochen —, hatte das deutsche Privatrecht nicht auch das Schicksal des römischen Criminalrechts?

Es gibt aber auch positive Anhaltspunkte für die Behauptung, dass die civilrechtliche potestas legum interpretandarum des Königs nicht auf die Consuln, sondern auf den Pontifex Maximus und sein Collegium überging. Wenn nämlich die in die ersten Jahre der Republik fallende Redaction der leges regiae, welche auch das Civilrecht enthielten, den aus dem Geschlechte der Papirier stammenden Pontifices zugeschrieben wird, so muss das jus civile, wie in der Königszeit, so auch im Anfange der Republik im Archive der Pontifices aufbewahrt gewesen sein; das Archiv für das Civilrecht war aber gewiss nur jenem Organ anvertraut, welchem auch die custodia legum atque morum oder die potestas legum interpretandarum übertragen worden war. Eine ausdrückliche Bestätigung dieser Folgerung enthält der Bericht des Dionysius, dass die Decemvirn „in den heiligen Büchern Einiges aufbewahrt fanden, was die Geltung von Gesetzen hatte, welche nur die Patricier kannten“ [5]). Einen weiteren Anhaltspunkt für meine Behauptung bietet Pomponius [6]), welcher die Interpretation der Zwölftafelgesetze ausschliesslich den Pontifices zuschreibt: die Pontifices können aber durch die Decemviralgesetzgebung nicht plötzlich in Rechtskundige verwandelt worden sein. Wenn aber Pomponius die Stellung des Pontifical-Collegiums vor der Decemviralgesetzgebung nicht berührt, und nur sein Verhältniss zu den Zwölftafelgesetzen angibt, so wissen wir eben nicht, wie viel aus seinen Angaben die Compilatoren Justinians ihrer Berücksichtigung werth fanden, und ob er wohl auch die Geschichte dieses Collegiums bearbeitet hatte.

Endlich war der Zusammenhang des Sacralrechts mit dem Civilrecht noch in Cicero's Zeit anerkannt [7]); wenn ich mich nun auf den Standpunkt dieser Anerkennung stelle, so tritt mir die unbestrittene Thatsache entgegen, dass der Einfluss des Sacralrechts auf das Civilrecht in den auf den Sturz des Königthums folgenden Jahrhunderten der Republik nicht zunahm, sondern vielmehr sich verringerte, und endlich ganz erlosch: wenn nun die Pon-

5) Dionys. X. 1: *κομιδῇ δ'ὀλίγα τινὰ ἐν ἱεροῖς ἦν βίβλοις ἀποκείμενα, ἃ νόμων εἶχε δύναμιν, ὧν οἱ πατρίκιοι τὴν γνῶσιν εἶχον μόνοι.* vgl. Dionys. II. 73; Livius IX. 46; Valerius Maximus II, 5, 2; Plin. h. n. 33, 6; Cicero de orat. I. 41. — 6) L. 2, §. 6. D. de orig. jur. 1, 2.

7) De legibus II. c. 19, §. 47. vgl. Ihering, Geist, I. S. 265—291.

tifices noch nach der Decemviralgesetzgebung jenen Einfluss auf das Civilrecht ausübten, welchen Pomponius auf Grund Varronischer Nachrichten ausdrücklich hervorhebt, so lässt sich ihnen vor der Decemviralgesetzgebung gewiss kein geringerer Einfluss auf das Civilrecht zuschreiben.

Hatte nun der Pontifex Maximus bei der Begründung der Republik die civilrechtliche potestas legum interpretandarum des Königs erhalten, so folgt daraus von selbst, dass die Ergebnisse auch seiner Interpretation die Natur von Gesetzen (vgl. Note 5) hatten. Hier möge diese Bemerkung genügen, weil sie nur eine nothwendige Folge ausspricht; eine gründlichere Darlegung der gesetzlichen Natur der aus der Interpretation des Pontifex Maximus und seines Collegiums hervorgegangenen Rechtsetzungen muss ich mir für jene Stelle vorbehalten, wo ich die Ergebnisse der Interpretation der Zwölftafelgesetze zu besprechen haben werde, und wo auch der Ort sein wird, die hier gemachten Bemerkungen durch weitere positive Belege zu ergänzen.

Das hier gewonnene Resultat setzt mich in den Stand, noch Einiges zu erklären, was meines Erachtens bisher keine genügende Erklärung gefunden hat.

An der Stelle, wo Festus den alten ordo sacerdotum (p. 185 M.) angibt, kommt er auch auf den Pontifex Maximus zu sprechen und sagt: Pontifex Maximus, quod judex atque arbiter habetur rerum divinarum humanarumque. An einer anderen Stelle, welche uns aber nur mehr im Excerpte des Paulus Diaconus (p. 126 M.) erhalten ist, wird der Pontifex Maximus zwar wohl als judex rerum divinarum, aber nicht auch als judex rerum humanarum bezeichnet: Pontifex Maximus dicitur, quod maximus rerum, quae ad sacra pertinent, judex sit vindexque contumaciae privatorum magistratuumque. Auf Grund dieser und anderer Stellen [8]) haben nun Einige (z. B. Puchta) den Pontifices eine richterliche Thätigkeit in Civilprocessen zugeschrieben. Diese Ansicht wurde später in Folge der Ausführungen Leist's [9]) und Becker-Marquardt's [10]) aufgegeben und die oben angeführten Stellen dahin verstanden, dass die Pontifices bis zur Einführung der Prätur (366 v. Chr.) juris periti waren, von denen alle Jahre Einer deputirt worden sei sowohl zum Beistande bei allen Rechtsgeschäften als insbesondere für den Rath in streitigen Rechtsfällen. Diese Ansicht

8) Namentlich Dionys. II. 73; Pomponius L. 2. §. 6. D. de orig. jur.
9) Versuche einer Geschichte der römischen Rechtssysteme 1850 S. 4—16.
10) Röm. Alterth. IV, S. 420 fg.

trägt noch Bethmann-Hollweg[11]) vor, während Ihering[12]) den Pontifices ein thatsächliches Schiedsrichteramt für die Fälle zuschreibt, in welchen der Eid zur Bekräftigung juristisch unwirksamer Versprechen angewendet worden war, hinterher aber nicht erfüllt wurde, und die Parteien den hierüber entstandenen Streit nach erzielter Vereinbarung vor die Pontifices brachten.

Dass nun die Pontifices auch „juris periti" waren, und zwar im eminenten Sinne des Wortes, das brauche ich von meinem Standpunkte nicht wieder hervorzuheben; in welcher Periode die Pontifices für das Civilrecht wirklich nur mehr gewöhnliche „juris periti" waren, wie dies jetzt angenommen wird, werde ich unten darzulegen haben. Dass aber die Auslegung der Worte des Festus: judex atque arbiter rerum divinarum humanarumque und des δικάζειν des Dionysius (II 73) unrichtig ist, vermag zunächst folgende Stelle des Cicero (de harusp. respons. 7, 13) darzuthun: Nego unquam post sacra constituta — ulla de re, ne de capite quidem virginum Vestalium tam frequens collegium judicasse, quamquam ad facinoris disquisitionem interest adesse quam plurimos; ita enim est interpretatio illa pontificum, ut eidem potestatem habeant judicum. Weil hier die Thätigkeit der Pontifices ausdrücklich als Interpretatio bezeichnet wird, so war der Pontifex Maximus als judex atque arbiter rerum divinarum humanarumque ein interpres rerum divinarum humanarumque, und weil noch die L. 10. §. 2. D. de jure et just. (1, 2) die Jurisprudenz als rerum divinarum atque humanarum notitia bestimmt, so war der Pontifex Maximus auch der interpres juris divini atque humani. Die besprochene Stelle des Festus gibt also dem Pontifex Maximus noch genau dieselbe Stellung, welche ich aus anderen Prämissen abgeleitet habe. Weil nun die Auslegung oder die Bestimmung des Sinnes eines Gesetzes nur in der Feststellung der Fälle besteht, welche unter dasselbe fallen, das jus dicere und judicare aber ebenfalls sich in der Subsumption concreter Fälle unter die Gesetze äussert, so konnten die Römer den interpres auch judex nennen. In einem ähnlichen Sinne bezeichnet auch Leist (a. a. O. S. 80) die Interpretation des für die Gerichte delegirten Pontifex als Jurisdictio oder als Rechtsweisung, wozu ihm auch Rudorff beistimmt[13]).

Von der Beziehung der Pontifices zur legis actio per sacramentum werde ich unten zu sprechen haben.

Mit den besprochenen Stellen des Cicero und Festus stimmt

11) Civilprocess I. S. 92. — 12) Geist I. S. 298 fg.
13) RG. I, S. 147.

aber auch Dionysius überein, wenn er II, 73 berichtet: „die Pontifices treffen gesetzliche Bestimmungen über Alles, was im Gebiete des Sacralrechts weder durch Gesetze noch durch Rechtsgewohnheiten normirt ist, indem sie durch Spruch bestimmen, welche Bedürfnisse ihnen an den Gesetzen und Rechtsgewohnheiten theilzunehmen scheinen“ [13a]). Es braucht wohl kaum hervorgehoben zu werden, dass hier Dionysius die Interpretation der Pontifices als eine legale zum Ausdruck bringt und sie wie beim König auch auf die Rechtsgewohnheiten ausdehnt. Der Beisatz arbiter in der ersten Stelle des Festus dürfte aber wohl nur zur näheren Bestimmung des „judex“ dienen, und den weiten Spielraum des Ermessens bezeichnen, welchen der Pontifex Maximus als Interpres der Gesetze besass.

Festus sprach aber noch an einer anderen Stelle vom Pontifex Maximus, ohne Zweifel in einem anderen Zusammenhange und zwar in Bezug auf das Mulctenrecht, welches dem Pontifex Maximus in der Eigenschaft als „maximus judex rerum divinarum“ gegen Private und Magistrate, anfänglich ohne, später mit Beschränkung durch die Berufung an das Volk zustand [14]).

War nun die civilrechtliche potestas legum interpretandarum des Königs nicht auf die Consuln, sondern auf den Pontifex Maximus übergegangen, so folgt daraus, dass, wie die Consuln das königliche Imperium in seinem ganzen Umfange ausübten, auch der Pontifex Maximus diese königliche potestas für das Civilrecht genau in demselben Umfang zur Geltung brachte, welchen ich oben für den König nachgewiesen habe. Wenn ich mich nicht irre, so spricht die Stelle bei Cicero de orat. I, 43 von antiquirten Actionen, welche noch der Zeit vor der Decemviralgesetzgebung angehören: Nam sive quem Aeliana studia [15]) delectant, plurima est in omni jure civili et in pontificum libris et in duodecim tabulis antiquitatis effigies, quod et verborum prisca vetustas cognoscitur et actionum quaedam genera majorum consuetudinem vitamque declarant.

Cicero erwähnt hier vorerst das Civilrecht im Allgemeinen, dann im Besonderen das Civilrecht der libri pontificum und der Zwölftafeln. Der Umstand, dass Cicero hier das Civilrecht der pontifices

---

13a) *νομοθετοῦσιν (οἱ ποντίφικες) ὅσα τῶν ἱερῶν ἄγραφα ὄντα καὶ ἀνέθιστα, κρίνοντες ἃ ἂν ἐπιτήδεια τυγχάνειν αὐτοῖς φανείη νόμων τε καὶ ἐθισμῶν.*

14) Livius epit. 19; Valerius Maximus I, 1, 2; Livius 37, 51; Cicero Philipp. XI, 8, 18; Livius 40, 42.

15) „Aeliana“ studia, nicht „aliena“ studia; es ist jedoch hier nicht der Jurist Sextus Aelius sondern der Grammatiker Aelius Stilo gemeint.

vor dem Civilrecht der Zwölftafeln nennt, lässt das erstere als ein antiquirtes erkennen, welches nur mehr den Freunden des römischen Alterthums ein Interesse bot. Zu diesem müssen die von Cicero erwähnten actionum genera gerechnet werden, weil die Zwölftafeln selbst keine Actionen im formellen Sinne des Wortes enthielten, die Actionen der Lex XII tabularum noch zu Cicero's Zeit, namentlich vor den Centumvirn in Uebung waren, und somit weder als ein Spiegel der consuetudo und vita majorum, noch als ein Gegenstand der Alterthumsforschung bezeichnet werden konnten. Eben so zweifellos ist es, dass die Actionen der Lex in der Zeit Cicero's nicht in den libri pontificum, sondern im jus Flavianum und Aelianum gesucht und gefunden wurden.

Das Ergebniss meiner Erörterungen bestimmt sich also in Kürze dahin, dass in Folge der Begründung der Republik in der Stellung des Pontifical-Collegiums eine sehr wichtige Veränderung eintrat, und dass diese zugleich eine wichtige Aenderung der Verfassung enthielt: Das königliche Imperium, und was mit demselben einen wesentlichen Zusammenhang hatte, erhielten zwei jährliche Consuln; die königlichen potestates: die sacrale Hoheit und die civilrechtliche potestas legum interpretandarum, wurden mit Aenderung der Verfassung auf den Pontifex Maximus, beziehungsweise sein Collegium übertragen, und damit dem ständigen Organ für die Civilrechtsentwicklung neue verfassungsmässige Grundlagen gegeben. Diese Aenderungen aber hatten nothwendig noch andere zur Folge. Weil auch die civilrechtliche Gerichtsbarkeit vom Imperium nicht getrennt werden konnte und somit ebenfalls den Consuln verliehen werden musste, das staatsrechtliche Institut der Interpretation aber eine völlige Trennung des rechtsetzenden Organs vom Richteramte ohne die Lahmlegung beider nicht gestattete, so musste zwischen dem rechtsetzenden Organ und dem Richteramte eine **mittelbare** Verbindung hergestellt werden. Diese Verbindung konnte natürlich nur dadurch ihren Zweck erreichen, dass dem Pontifical-Collegium ein entscheidender Einfluss auf das civilrechtliche Richteramt verfassungsmässig eingeräumt wurde. Ich gelange also zu dem Resultate, dass die Stellung, welche das Pontifical-Collegium und der delegirte Pontifex in der Civilrechtspflege **nach** der Decemviralgesetzgebung einnahmen, nicht erst durch diese Gesetzgebung, sondern schon bei der Einführung der Republik begründet wurde, und somit als eine alte, verfassungsmässige betrachtet werden muss.

Die Stellung des Pontifex Maximus und seines Collegiums in der Civilrechtspflege ist durch die bisherigen Ergebnisse gekenn-

zeichnet, die Stellung des delegirten Pontifex bestimmt aber Pomponius auf Grund Varronischer Angaben in der L. 2. §. 6. D. de orig. jur. (1,2) so: — actiones apud collegium Pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis. Wie oben erwähnt wurde, wird diese Stelle jetzt dahin interpretirt, dass der delegirte Pontifex nur auf Anfragen Gutachten ertheilte, deren Befolgung den Staatsgewalten, also in Sachen der Civil-Gerichtsbarkeit dem Consul, Praetor u. s. w. überlassen blieb [16]). Allein diese Auslegung widerspricht darum dem Wortlaute dieser Stelle, weil Pomponius hier nicht von adesse, sondern von praeesse spricht. Pomponius schreibt also dem delegirten Pontifex nicht ein „beistehen" sondern ein „vorstehen" zu; der delegirte Pontifex war somit für den richterlichen Magistrat kein bloss Gutachten erstattender „Beistand", sondern er war sein Vorstand. Ebensowenig kann unter dem handschriftlich sicheren Ausdruck „privatis" etwa „homines privati" verstanden werden, weil dem delegirten Pontifex wohl ein adesse privatis hominibus, nicht aber ein praeesse privatis hominibus zugeschrieben werden kann. Der Ausdruck „privatis" ist also durch „judiciis" zu ergänzen, wie ja auch Pomponius hier nur von den Civilgerichten spricht. Der delegirte Pontifex war also nach Pomponius der Vorstand der Civilgerichte. Jene untergeordnete Stellung, welche ihm jetzt zugeschrieben wird, hätte die potestas legum interpretandarum des Pontifex Maximus illusorisch, und dem ständigen Organ für die Civilrechtsentwicklung die Lösung jener Aufgabe unmöglich gemacht, welche ihm verfassungsmässig übertragen worden war.

Das Verhältniss des delegirten Pontifex zum Pontifical-Collegium, zu den Civilgerichten, zum richterlichen Magistrat und zu den Parteien.

§. 7. Vorerst tritt uns hier das Gewicht der Nachricht entgegen, dass jährlich ein anderes Mitglied des Pontifical-Collegiums für die Civilgerichte delegirt wurde. Der Grund dieses jährlichen Wechsels liegt klar zu Tage, wenn erwogen wird, dass im Pontifical-Collegium die Entscheidungen nach der Majorität gefällt, die Stimmen der Einzelnen nicht gewogen, sondern gezählt wurden. Solche Majoritätsbeschlüsse können aber das Richtige nur dann treffen, wenn sie von gleich gebildeten Fachmännern gefasst werden. Wo dies nicht der Fall ist, geht die Wahrheit den Majo-

16) So noch Bethmann-Hollweg, Civilprocess I. S. 92.

ritätsbeschlüssen in der Regel aus dem Wege. Das Motiv des jährlichen Wechsels in der Delegation kann also nur das gewesen sein, alle Mitglieder dieses Collegium's in die lebendige Berührung mit den Bedürfnissen des Lebens zu bringen, und allen die gleiche fachmännische Bildung und Erfahrung zu geben. Jedem Mitglied soll die Gelegenheit geboten sein, die „graue Theorie" an den wechselnden Erscheinungen des Lebens zu prüfen und sie darnach zu modificiren. Durch diese Einrichtung stand also dieses rechtsetzende Collegium im Mittelpunkte des werdenden Rechtes und wurde dadurch befähigt, allen Bedürfnissen des Lebens Rechnung zu tragen, die Rechtsregeln aus dem immer fliessenden Quell des Lebens zu schöpfen, und ihnen die Fassung zu geben, welche den Bedürfnissen entsprach. Weil aber die Mitglieder dieses Collegiums auf Lebenszeit bestellt waren und sich selbst ergänzten, so ging die einmal gesammelte Erfahrung nie verloren, wodurch dieses Collegium zum Träger des nationalen Rechtsbewusstseins und zur eigentlichen Schule des römischen Civilrechts werden musste. Seine frühe organische Durchbildung verdankt das römische Civilrecht dieser Institution. Ich muss also Ihering [1]) beistimmen, wenn er die Jurisprudenz als den verfassungsmässigen Beruf der Pontifices bezeichnet, die Theorie des Rechtes, welche sich nach der Decemviralgesetzgebung entwickelt hatte, ihnen zuspricht, und ihren Einfluss auf die ganze Gestaltung des Rechtes als einen so bedeutenden erklärt, wie sich dessen die spätere Jurisprudenz nicht habe rühmen können.

Bei dieser Stellung des Pontifical-Collegiums konnte aber sein Delegirter dem richterlichen Magistrat gegenüber natürlich nicht die Stellung eines Dieners einnehmen sondern die Stellung des eigentlichen Gerichtsherrn, dem sich der richterliche Magistrat in allen Fragen des Rechtes unterordnen musste. Dem richterlichen Magistrat stand dieser Delegirte des Pontifical-Collegiums als der authentische Interpres des Civilrechts gegenüber; er stand ihm gegenüber als das redende Gesetz, dessen Stimme zu beachten, dem Magistrat die Verfassung gebot. Die Frage, ob eine neue Klage zu gewähren oder zu versagen war, konnte also nicht der richterliche Magistrat, sondern nur der delegirte Pontifex entscheiden, wie er ohne Zweifel auch berechtigt war, jede gesetzwidrige Entscheidung des richterlichen Magistrats oder eines Geschwornen zu cassiren. Diese Stellung des delegirten Pontifex lässt annehmen, dass der richterliche Magistrat in zweifelhaften Fällen vor seiner Entscheidung

1) Geist II, 2. S. 377—380.

stets mit dem delegirten Pontifex Rücksprache pflegte. Nur auf diese Weise war es möglich, bei dem jährlichen Wechsel der Personen in der richterlichen Magistratur in die Rechtsprechung eine wirkliche Einheit zu bringen und eine gesunde Gerichtspraxis anzubahnen in einer Zeit, in welcher es noch keine zur Macht gelangten Rechtsbegriffe und Rechtsregeln gab.

Ebenso wenig Schwierigkeiten bieten sich von dem hier eingenommenen Standpunkte aus, die Stellung des delegirten Pontifex den rechtsuchenden Parteien gegenüber näher zu bestimmen. Ein Album aufzustellen in dieser Zeit, wer wird dies für durchführbar und zweckdienlich halten? Gesetzt nämlich, dass die elementaren Kenntnisse des Lesens und Schreibens in dieser Zeit bereits jene Verbreitung gefunden hätten, welche eine solche Institution zur nothwendigen Voraussetzung hat, so wäre ein solches Album doch nur dem anwesenden Pontifex wirklich verständlich gewesen. Der delegirte Pontifex gab den rechtsuchenden Parteien kein todtes Album, sondern seine viva vox juris divini atque humani. Um Fragenden eine verlässliche Antwort zu geben, hätte ein Privatmann in dieser Zeit die Jurisprudenz sich zur Lebensaufgabe machen müssen und das Forum nie verlassen dürfen, er hätte thatsächlich sich die Aufgabe eines Pontifex geben müssen. Es ist sehr bezeichnend, dass die späteren Kämpfe zwischen den Patriciern und den Plejebern die Sage schufen, dass die Jurisprudenz der Pontifices eine priesterliche Geheimlehre war. Nun ein Geheimniss war sie allerdings, aber gewiss kein anderes als dasjenige, welches durch die Natur einer legalen Auslegung gegeben ist, die selbstverständlich so lange ein Geheimniss bleiben muss, bis sie das competente Organ ausgesprochen hat. Ferner ist es einleuchtend, dass die Ergebnisse der Interpretation so lange sich nicht unabänderlich fixiren liessen, als die Interpretation der Volksgesetze noch schwankte, die Entwicklung dieser principiellen Gesetze noch zu keinem definitiven Abschluss gelangt war [2]).

Die Unhaltbarkeit der politischen Zustände nach dem Sturze des Königthums und die Nothwendigkeit einer neuen Constituirung des Staates.

§. 8. Schon die Reformen, welche Servius Tullius vornahm, lassen erkennen, dass gegen das alte Vollbürgerthum aus Allen,

---

2) Andere Gründe gegen die Geheimlehre der Pontifices bei Ihering, Geist II, 2. S. 375,

welche nicht Vollbürger waren (Plebejern, Latinern, Italikern, Freigelassenen) eine Partei sich gebildet hatte, deren Forderungen dieser König nicht unbeachtet lassen konnte. Weil nun die königliche Macht sich auf andere Elemente und breitere Grundlagen zu stützen begann, so musste sie mit dem bisher ausschliesslich herrschenden Vollbürgerthum in Conflict gerathen. Der Kampf bestand unter Tarquinius Superbus fort, und weil von diesem Könige berichtet wird, dass er es unterliess, den Senat zu befragen, dass er seine strafrechtlichen Urtheile ohne Beiziehung des in dieser Zeit ausschliesslich aus Senatoren bestehenden Consilium fällte, und dass er Vermögens-Confiscationen verhängte, so kann daraus entnommen werden, dass der letzte König Roms nicht auf der Seite der Vollbürger stand. Gleichwohl hatten diese noch immer die Macht sich zu behaupten und den ihnen verhassten König zu stürzen. Die königliche Gewalt liessen sie an sich fortbestehen, nur dass diese jetzt nicht mehr sich in den Händen eines Einzelnen befand, der durch dieselbe sich A l l e g l e i c h m ä s s i g u n t e r o r d n e n k o n n t e, sondern in den Händen zweier Regenten, die zwar jährlich wechselten, aber stets dem herrschenden Stande angehörten, wodurch die königliche Gewalt thatsächlich in den Besitz einiger wenigen hervorragenden Familien gelangte. Da aber die Centuriat-Comitien jetzt so wenig als zur Zeit des Servius Tullius das Recht der Initiative hatten, der patricische Senat aber sogar ein unbeschränktes Verwerfungsrecht besass, so konnten die Plebejer und ihr Anhang ihre Lage nicht verbessern, auch wenn sie in den Comitien ein weit grösseres Gewicht gehabt hätten, als dies thatsächlich der Fall war. Es ist natürlich, dass die jährlich wechselnden, aus den Patriciern hervorgegangenen und in dieselben wieder zurücktretenden Consuln dem ständigen und allmächtig gewordenen Patricier-Senate sich in jeder Beziehung willfährig zeigen mussten, und dass auf diese Weise die neue Consular-Regierung eine a b g e s c h l o s s e n e P a r t e i r e g i e r u n g w u r d e. So lange nun der vertriebene Tarquinius lebte, und die Wiederherstellung des Königthums zu befürchten war, scheint diese Parteiregierung für die Nicht-Vollbürger erträglich gewesen zu sein, ja sie scheint sogar die drückende Lage der verschuldeten kleinen Bauerschaft durch materielle Erleichterungen gebessert zu haben. Als jedoch Tarquinius im Jahre 259 d. St. starb, artete die Patricier-Regierung in harte Bedrückungen und herzlose Ausbeutung der tief verschuldeten Plebejer und ihres Anhanges aus. So geschah es, dass nun erbitterte Kämpfe begannen, in denen die Nicht-Vollbürger zum Bewusstsein gelangten, dass die errungenen politischen Rechte nur Scheinrechte seien, und ihre Lage

nur durch Einschränkung des Imperium der Consuln gebessert werden könne.

Was nun die richterliche Gewalt der Consuln betrifft, so wurde schon oben dargethan, dass sie auf das Civilrecht keinen Einfluss hatten, und dass somit die Klagen über den Missbrauch ihrer richterlichen Gewalt nur auf den Strafprocess und allenfalls auf den executiven Civilprocess (Livius II, 27, 1) bezogen werden können. Die weit reichende criminalrechtliche potestas legum interpretandarum und die gleichartige Gerichtsbarkeit war auf die Consuln übergegangen; wenn nun auch die lex Valeria von 245 d. St. dem criminalrechtlich Verurtheilten ein bestimmtes Recht der Berufung an die Volksversammlung für die Fälle gegeben hatte, wo der Consul auf Todes- oder Leibesstrafe erkannte, so trat dieses Recht der Berufung doch nur dann ein, wenn die That nicht ausser Zweifel gestellt, d. h. ein factum nec manifestum war. Die Criminalgerichtsbarkeit stand also dem Consul ohne irgend welchen Einfluss des Volkes zu nicht bloss in dem Falle, da der Angeschuldigte die That gestand, oder der Thäter auf der That ergriffen wurde, sondern auch in allen Fällen, wo der richterliche Magistrat die Schuld des Angeklagten als ausser Zweifel gestellt betrachten zu dürfen glaubte [1]. Weil der Begriff des factum manifestum nicht feststand, und noch lange Zeit sehr schwankend blieb, so war seine Bestimmung ganz dem Ermessen des Consuls überlassen, und hatte dieser auch das Provocationsgesetz verletzt, so traf ihn doch nur die Infamie, über welche er sich bei den vorwiegend p o l i t i s c h e n Processen darum sehr leicht hinwegsetzen konnte, weil er der Zustimmung der herrschenden Partei sicher war, die Infamie also seine Achtung nicht verringerte, sondern mehrte. Dazu kam noch die arge Zerrüttung der ökonomischen Verhältnisse der Bauerschaft, die Vertheuerung des Kapitals, und der Umstand, dass der insolvente Schuldner der unbeschränkten Gewalt des Gläubigers verfiel, wodurch er thatsächlich in eine schlimmere Lage gerieth, als die es war, welche das vertragsmässige Mancipium oder die rechtliche Sclaverei erzeugte. Die Abhilfe, welche die bedrückten Klassen der Bevölkerung anfänglich durch Verweigerung des Kriegsdienstes, später durch förmliche Auswanderung erzwangen, bestand bekanntlich in der Einführung des Volkstribunats, wodurch aber im Staate zwei fast schrankenlose Gewalten in Conflict geriethen, und einen Kampf begannen, welcher die ganze Rechtsordnung erschüttern musste. Auf der einen Seite standen die zwei patricischen Consuln mit der straf-

---

1) A. W. Zumpt, Crim. R. I, 2. S. 179 fg.

rechtlichen Vollgewalt der Könige, auf der anderen Seite zwei plebeische Tribunen, mit dem unbeschränkten Rechte, jede Verfügung des richterlichen Magistrats und jede Execution desselben zu cassiren. Es ist daher sehr glaubwürdig, was uns Pomponius in der L. 2. §. 3 D. de orig. jur. 1, 2 berichtet: Exactis deinde regibus lege tribunicia omnes leges hae (scil. regiae) exoleverunt, iterumque coepit populus Romanus incerto magis jure et consuetudine uti, quam per latam legem, idque prope viginti annis passus est. Es ist von vornherein wahrscheinlich, dass sich die Kämpfe der Tribunen gegen die Patricier nicht auf die Verhältnisse des Privat- und Sacralrechts bezogen, weil wir wissen, dass in Zeiten politischer Kämpfe das Privatrecht in den Hintergrund gedrängt wird. Ich muss also Zumpt beistimmen [2]), wenn er die von Pomponius erwähnte lex tribunicia nicht mit Sanio [3]) dem Brutus als tribunus celerum zuschreibt, wogegen schon die Bemerkungen Mommsens genügen [4]), sondern diese lex auf das Strafrecht bezieht, unter ihr das Gesetz des Volkstribunen Publius Volero v. J. 283 d. St. versteht, und ihr auf Grund von Livius II, 56 und Zonaras VII, 17 den Inhalt beilegt, dass die Tribut-Comitien ohne die Patricier zusammentreten, über Alles, was sie wollten, Beschlüsse fassen, und über die Provocationen der vom Consul Verurtheilten entscheiden sollten. Wenn nun dies der Inhalt dieses Gesetzes war, so ist es klar, dass dadurch den leges regiae, welche sich auf das Criminalrecht bezogen, alle Wirksamkeit benommen wurde, und dass somit das exolescere des Pomponius auf die strafrechtlichen leges regiae zu beziehen ist, weil die leges regiae civilrechtlichen Inhaltes kein Gegenstand der Parteikämpfe unter den Patriciern und Plebejern sein konnten. Wenn nun nach Joannes Lydus (de magist. I, 34) auch Gaius in seinem Zwölftafel-Commentar als nächste Veranlassung der Einsetzung der Decemvirn „die durch den Kampf der Plebejer mit den Magistraten für den Staat bewirkte arge Erschütterung der nicht aufgezeichneten Gesetze" angab [5]), so konnte auch er unter den nicht aufgezeichneten Gesetzen nur die strafrechtlichen leges gemeint haben, welche als Ergebnisse der Interpretation nicht auf Tafeln aufgestellt waren, von jedem Consul eine andere Auslegung erhalten konnten, und somit bei den Partei-

---

2) Crim. R. I. S. 144. — 3) Varroniana S. 53.
4) Röm. Gesch. I. S. 250 Note.
5) Joann. Lydus I. 34: *πολλῆς συγχύσεως τῶν νόμων, οἷα μὴ γράμμασιν τεθειμένων, τοῖς πράγμασιν γινομένης ἐκ τῆς τῶν ἀρχόντων καὶ τοῦ δήμου διαφορᾶς.*

kämpfen nur Willkür-Acte der Consuln zur Folge haben mussten. Die weitreichende strafrechtliche potestas legum interpretandarum der Consuln ist es, gegen welche die Kämpfe der Tribunen gerichtet waren, und die auch der Volkstribun Terentilius Harsa im Auge hat, wenn er bei Livius III, 9 seinen Antrag auf Abfassung neuer Grundgesetze so begründet: Nomine — tantum minus invidiosum (scil. imperium consulare), ipsa re prope atrocius quam regium esse: quippe duos pro uno dominos acceptos immoderata infinita potestate, qui soluti atque effrenati ipsi omnis metus legum omniaque supplicia verterent in plebem. Quae ne aeterna illis licentia sit, legum se promulgaturum, ut quinque viri creentur legibus de imperio consulari scribendis. Quod populus in se jus dederit, eo consulem usurum, non ipsos libidinem ac licentiam pro lege habituros. Die Worte „metus legum, supplicia" beseitigen jeden Zweifel, dass der Volkstribun hier unter der „infinita potestas" der Consuln nur ihre weitreichende, von dem Imperium untrennbare, strafrechtliche potestas legum interpretandarum versteht, und dass diese nach seinem Antrage nicht durch principielle sondern durch specielle Volksgesetze eingeschränkt werden soll.

Das Sacral- und Civilrecht war also kein Gegenstand des Kampfes der Parteien, wenn von der traurigen Lage des dem Gläubiger verfallenen insolventen Schuldners abgesehen wird; gleichwohl können wir annehmen, dass eine Revision und eine gesetzliche Fortentwicklung auch im Gebiete des Civilrechts ein Bedürfniss dieser Zeit war. Seit Servius Tullius war auf dem Gebiete des Civilrechts, was die Schaffung neuer, oder Abänderung grundgesetzlicher Bestimmungen betrifft, nichts mehr geschehen: Die politischen Kämpfe hatten das Civilrecht bei Seite gedrängt, und was hier geschah, beschränkte sich auf eine Redaction der leges regiae durch den Pontifex Sextus Papirius [6]). Weil nun das Civilrecht in dieser Zeit durch Volksgesetze wohl kaum eine Förderung fand, so musste sich auch die Interpretation der Pontifices erschöpft haben, wesshalb nun auch im Gebiet des Civilrechts für die fortgeschrittenen Lebensverhältnisse neue Volksgesetze nothwendig waren. Auch die fruchtbarste Interpretation hat ihre Gränzen, die sie nicht überschreiten kann, ohne sich in Willkürlichkeiten und Ungeheuerlichkeiten zu verlieren: ein Jahrhundert eines bewegten Volkslebens ist aber ganz geeignet, auch die kühnste Interpretation lahm zu legen, eine Erscheinung,

---

6) Pompon. a. a. O. §. 2: Is liber (scil. Sexti Papirii) — appellatur jus civile Papirianum, non quia Papirius de suo quidquam ibi adjecit, sed quod leges sine ordine latas in unum composuit.

die sich auch nach der Decemviralgesetzgebung fast im nämlichen Zeitraume wiederholt.

Wenn also von dem Uebergange der königlichen Gewalten auf verschiedene Träger abgesehen wird, so hatten die rechtlichen Zustände des Königthums im Wesentlichen bis zum Jahre 303 d. St. fortgedauert, waren aber durch die inzwischen eingetretenen Veränderungen völlig unhaltbar geworden. Man musste sich also, wenn auch ungern, doch entschliessen, die aus der Königszeit ererbten und erhaltenen Zustände zu beseitigen, und für den Staat neue, den Principien der republicanischen Freiheit mehr entsprechende grundgesetzliche Bestimmungen zu schaffen, und die Republik zu verwirklichen, welche bisher nur nominell bestanden hatte.

III. Capitel.

Die Gesetzgebung der Decemvirn.

Die Aufgabe und die staatsrechtliche Stellung der Decemvirn.

§. 9. Als den Hauptzweck der Decemviralgesetzgebung habe ich soeben die republicanische Constituirung des Staates angedeutet. Dieses Ergebniss meiner voranstehenden Darlegung wird von Pomponius in der L. 2. §. 4 D. de orig. jur. bestätigt, wenn er im Anschluss auf seine so eben besprochene Stelle fortfährt: Postea ne diutius hoc fieret, placuit publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a Graecis civitatibus et civitas fundaretur legibus. Weil die herrschende Lehre als Aufgabe der Decemvirn nur die Codification des bisher geltenden, unsicheren Gewohnheitsrechtes bestimmt, so wird in dieser Stelle des Pomponius der Nachdruck nicht auf „fundaretur“ sondern auf „legibus“ gelegt. Allein Gesetze waren auch bisher vorhanden; sowohl unmittelbare als mittelbare Volksgesetze, (die Ergebnisse der Interpretation), wobei ich nur an die oben besprochenen Stellen des Dionysius Gaius und Livius zu erinnern brauche, in welchen ausdrücklich von „Gesetzen“ die Rede war. Weil nun der Nachdruck in dieser Stelle nicht auf legibus, sondern auf „civitas fundaretur“ zu legen ist, so schreibt Pomponius den Decemvirn die Aufgabe zu, nach dem **Vorbilde der griechischen Republiken** dem römischen Staate durch Volksgesetze neue, **wirklich republicanische Fundamente** zu geben, namentlich aber (§. 3) im Gebiete des Strafrechts an die Stelle bloss principieller Bestimmungen concrete zu setzen, und dadurch die „infinita potestas“ legum interpretandarum der Consuln (Livius) einzuschränken.

Die Constituirung eines Staates dachten sich aber die Politiker des Alterthums nur in der Art möglich, dass in die Hände derjenigen, welchen eine so schwierige Aufgabe zufiel, die höchsten Gewalten, namentlich aber auch die höchste Executiv-Gewalt, gelegt würden. Die Bezeichnung der Decemvirn als einer „gesetzgebenden Commission" ist also darum nicht zutreffend, weil die modernen Gesetzgebungs-Commissionen keine gesetzgebende Gewalt, namentlich aber keine Executiv-Gewalt erhalten, sondern nur berufen werden, um fachmännische Vorarbeiten zu leisten, denen nicht selten das Geschick beschieden ist, als schätzbares Material vergessen zu werden. Eine solche Gesetzgebungs-Commission waren die Decemvirn keineswegs, sondern sie waren sogar noch mehr als eine constituirende Volksvertretung der Jetztzeit: sie waren vielmehr die Regenten selbst, mit allen Hoheitsrechten ausgestattet, welche vor ihnen die römischen Könige und Consuln hatten. Es ist dies ein Moment, dessen Verkennung zu Irrthümern schwer wiegender Natur führen muss. Auf die Decemvirn gingen über: das königliche Imperium der Consuln mit Einschluss der strafrechtlichen potestas legum interpretandarum, die civilrechtliche potestas legum interpretandarum des Pontifex Maximus und natürlich auch die höchste Executiv-Gewalt. Die sacrale Hoheit behielt der Pontifex Maximus; dies folgt zunächst aus der streng persönlichen Natur dieser hochpriesterlichen Würde, dann auch daraus, dass das Sacralrecht nicht bloss in dieser Zeit, sondern noch lange Zeit nachher kein Gegenstand des Streites der Parteien war. Es hat schon Ihering [1]) darauf aufmerksam gemacht, dass die Decemvirn nur darum das Connubium zwischen den Patriciern und Plebejern verboten, weil sie, wie Livius erkennen lässt, das Fas nicht ändern durften. Durften sie aber das Fas nicht ändern, so hatten sie auch die sacrale Hoheit nicht erhalten. Die durch ein Gesetz des Volkes erfolgte Uebertragung der oben angeführten Hoheitsrechte auf die Decemvirn berichtet Pomponius mit folgenden Worten: Datumque est iis jus eo anno in civitate summum [2]), was Livius in III, 33 dahin ergänzt: iterum mutatur forma civitatis ab consulibus ad decemviros, quemadmodum ab regibus ante ad consules imperio translato. Hieher gehört auch die Nachricht des auch von Böcking und Bethmann-Hollweg als ächt und glaubwürdig anerkannten, von Huschke herausgegebenen auctor incertus [3]) pag. 2: Decemviri omnibus urbis magistratibus

1) Geist I. S. 345. — 2) Pompon. L. 2. §. 4. D. de orig. jur. vgl. §. 24.
3) Incerti auctoris magistratuum et sacerdotiorum p. R. expositiones ineditae, Wratislaviae 1829.

per annum sublatis legum condendarum causa et judiciorum ferendorum decem numero constituti senatusconsulto et populi consensu fuerant, et pro ceteris magistratibus officia bene obibant. Dieses Senats-Consult und diesen consensus populi hatte auch Gaius in seinem Zwölftafel-Commentar erwähnt [4]). Aus dieser Stellung der Decemvirn ergeben sich nun die schwer wiegenden Folgen, dass die Volksversammlung, wie zur Zeit der Könige, in Sachen der Gesetzgebung auch den Decemvirn gegenüber eine Mitwirkung nur hinsichtlich der principiellen Gesetze verfassungsmässig beanspruchen konnte, dass dieselbe von jedem Einfluss auf das Sacralrecht und auf das, was mit diesem zusammenhing, von vornherein ausgeschlossen war, dass sie nur von diesen Regenten zusammenberufen werden konnte, und dass die Zusammenberufenen auf die vorgelegten Rogationen nur mit Ja oder Nein zu antworten berechtigt waren, ohne auf die Rogationen irgend welchen anderen Einfluss nehmen zu dürfen. Es hing also ganz von dem Ermessen der Decemvirn ab, welche Rogationen sie stellen, wie sie dieselben fassen, und namentlich in wie weit sie im Gebiete des Strafrechts die Macht der richterlichen Magistrate durch concrete Bestimmungen beschränken wollten.

Nähere Bestimmung der den Decemvirn ertheilten gesetzgebenden Gewalt.

§. 10. Die den Decemvirn ertheilte gesetzgebende Gewalt lässt sich aus den Worten des Pomponius a. a. O. §. 4 näher bestimmen: Placuit publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a graecis civitatibus — —. Datumque est iis eo anno in civitate jus summum, ut leges corrigerent, si opus esset, et interpretarentur. Es ist vorerst sehr bezeichnend, dass Pomponius, welcher nicht wie Livius die politische Geschichte des Decemvirats, sondern nur seinen Einfluss auf die Rechtsentwicklung anzugeben hat, hier nicht, wie Livius, vom Imperium, sondern vom jus summum spricht. Imperium ist nämlich Herrschermacht, Machtvollkommenheit, und hat somit mit der Rechtsentwicklung nichts zu thun. Das jus summum ist Rechtsvollkommenheit, und fällt somit mit der potestas summa zusammen. Weil nun auch die civilrechtliche potestas legum interpretandarum des Pontifex Maximus, welcher kein Imperium besass, den Decemvirn übertragen worden war, so konnte Pomponius nur vom summum jus oder von der summa potestas der Decemvirn sprechen. Der Bericht des Pomponius ver-

4) Joann. Lydus, de magist. I. 34.

räth also eine viel tiefere Einsicht in die Sache als der des Livius. Der den Decemvirn ertheilten potestas summa gibt Pomponius sachgemäss drei Functionen: ut leges corrigerent si opus esset, et interpretarentur, und weil er auch von leges petere a graecis civitatibus spricht, so muss noch hinzugefügt werden: et supplerent. Wenn nun Pomponius von der potestas legum interpretandarum spricht, so kann er darunter nur die alte königliche potestas legum interpretandarum verstehen, welche ein selbstständiges, weites Gesetzgebungsrecht in sich schloss, und ein wichtiges Hoheitsrecht des Königs war. Die Decemvirn erhielten also die königliche potestas legum interpretandarum in ihrem ganzen Umfange, also ungetheilt. Der herrschenden Lehre gegenüber, welche den Decemvirn die Codification des Gewohnheitsrechtes als Aufgabe stellt, ist es nicht überflüssig hervorzuheben, dass Pomponius hier von der Interpretation der Gesetze spricht, also die Codification des Gewohnheitsrechtes ausschliesst, und dass er unter diesen Gesetzen hauptsächlich die principiellen Volksgesetze der Königszeit versteht, wenn auch die leges regiae im eigentlichen Sinne von der Interpretation der Decemvirn nicht ausgeschlossen gedacht werden dürfen. Die von Pomponius erwähnte Interpretatio ist also von derjenigen völlig verschieden, welche wir für gesetzgebende Commissionen als selbstverständlich annehmen. Bestehende principielle Gesetze verbessern und neue einführen konnten auch der König und die Consuln nur unter Mitwirkung des Volkes; desshalb musste die potestas legum corrigendarum et supplendarum auch den Decemvirn besonders verliehen werden. Die den Decemvirn übertragene potestas summa enthielt also drei potestates: 1) Die potestas legum interpretandarum, 2) die potestas legum corrigendarum, 3) die potestas legum supplendarum. Es wird sich unten deutlicher zeigen, dass die hier gemachte Unterscheidung dieser drei potestates keine müssige war. Dass alle Volksgesetze und Ergebnisse der Interpretation, welche sich bisher bewährt hatten, in die neue Gesetzgebung unverändert aufgenommen wurden, ist ebenso selbstverständlich, als durch sichere Nachrichten bezeugt [1]). In welchem Umfange die Decemvirn bei der Verwerthung der zwei letztgenannten potestates die Gesetze der griechischen Staaten berücksichtigten, lässt sich nicht mehr genau bestimmen, weil sich eine gewisse Gemeinsamkeit der Rechtsanschauungen bei den Cultur-Völkern des Alterthums nicht verkennen lässt, und die späteren Berichterstatter bei ihren Bezugnahmen auf die Zwölftafel-Gesetze die Ergebnisse der Interpretation von den unmittelbaren Bestimmungen dieser Gesetze gar

---

1) Vgl. Kuntze, Excurse S. 110.

selten unterscheiden [2]). Es ist jedoch eine vielfach beglaubigte Thatsache, dass man ernst bestrebt war, die Gesetzgebungen der griechischen Staaten, namentlich aber jene Athens, genau kennen zu lernen, ehe das schwierige Unternehmen begonnen wurde [3]). Die den Decemvirn ertheilten Gewalten boten ihnen nun auch gewiss hinreichende Möglichkeit, ihre staatsmännische Tüchtigkeit zu bewähren und sich dauernde Verdienste um den römischen Staat zu erwerben.

Der Charakter der Zwölf-Tafelgesetze.

§. 11. Die leges regiae im eigentlichen Sinne habe ich als Gesetze dargestellt, welche, als Ergebnisse der legalen Interpretation, aus den principiellen Volksgesetzen hervorgegangen waren. Die Volksgesetze der Königszeit waren also die „Quellen", aus welchen die leges regiae flossen. Solche Gesetze aber, aus welchen alle anderen fliessen, nennen wir Grundgesetze. Weil nun den Decemvirn die Aufgabe gestellt war, dem römischen Staate neue wirklich republicanische Grundlagen zu geben, so ist es von vornherein wahrscheinlich, dass auch ihre Gesetze nur den Charakter von Grundgesetzen hatten. War nun dies der Fall, so mussten die neuen republicanischen Grundgesetze an die Stelle der monarchischen treten, und die bleibenden Grundlagen des nationalen Lebens der Römer bilden. Es sind in der That ganz deutliche Aussprüche der Quellen vorhanden, dass die Zwölftafelgesetze solche Grundgesetze waren. Wenn nämlich diese Gesetze von Cicero de orat. I. c. 44 §. 195 als „legum fontes et capita" also als „Hauptquellen" bezeichnet werden, aus welchen die anderen Gesetze hervorgegangen waren, so ist damit ganz deutlich ihr grundgesetzlicher Charakter ausgesprochen. Weil jedoch diese Gesetze jetzt allgemein als ein codificirtes Gewohnheitsrecht betrachtet werden, ihr Charakter also völlig verkannt wird, ohne die Erkenntniss ihres grundgesetzlichen Charakters aber sich eine tiefere Einsicht in die Gründe ihrer Dauerhaftigkeit und in die Entwicklung des ganzen römischen Civilrechts nicht gewinnen lässt, so sehe ich mich genöthigt, diese Kardinalfrage des römischen Rechtes eingehender zu erörtern.

Zunächst habe ich die Stelle Ciceros zu erörtern, auf welche ich so eben mich bezogen habe, und in welcher die Zwölftafelgesetze ausdrücklich als „Hauptquellen der Gesetze", also als oberste

---

2) Anders Franz Hoffmann, Beiträge zur Geschichte des griech. und röm. Rechts, Wien 1870 S. 19—33.

3) S. Hoffmann, a. a. O. S. 9—16.

Grundgesetze bezeichnet werden: Bibliothecas mehercule omnium philosophorum unus mihi videtur XII tabularum libellus, si quis legum fontes et capita viderit, et auctoritatis pondere et utilitatis ubertate superare. Dass Cicero unter diesen legum fontes et capita, denen er eine so grosse auctoritas und ubertas zuschreibt, wirklich nur die obersten Grundgesetze der Römer versteht, das zeigt eine Vergleichung dieser Stelle mit de legibus II. c. 7, §. 18, wo er die Zwölftafelgesetze nachahmt, und dabei hervorhebt, dass er nur „Gesetze der Gesetze" also Grundgesetze, somit keine Ausführungsgesetze zu formuliren beabsichtige dann aber diese Absicht in dem darauf folgenden Motivenberichte (II. c. 19, §. 47 u. 48) rechtfertigt.

Cicero de legib. II. c. 7. §. 18: Exponam equidem, ut potero, et quoniam et locus et sermo familiaris est, legum leges voce proponam [1]). Q. Quidnam id est? Sunt certa legum verba (d. h. ich

---

1) Mosers Conjectur leges legum und Halm's Annahme, dass leges hier nur eine Glosse sei, verwirft mit Recht auch Vahlen (M. T. Ciceronis de legibus libri, Berolini 1871 pag. 73), welcher die durch die bisherige Auffassung der Zwölftafelgesetze nothwendig dahin bestimmte Ansicht, dass hier legum nur mit voce verbunden werden könne, unter Hinweisung auf pro Sestio 26, 57; de orat. I. 38, 175; de divin. I. 57, 129; Tuscul. I. 28, 70; de lege agraria II. 4, 9 dadurch begründet, dass bei Cicero „saepius praeter necessitatem, sed certa ratione – aut res aut persona iterum designatur." Gleichwohl gestatten mir negative und positive Gründe nicht, seiner Auslegung dieser Stelle beizustimmen.

Vorerst bliebe hier die Stellung des Genitivs legum für Cicero noch immer auffallend; dann kennt die klassische Prosa das Wort vox doch nur entweder in der Bedeutung von „Laut, Stimme", oder von „Wort" in Bezug auf seinen Laut und seine Form, ohne Rücksicht auf seine Bedeutung, oder im collectiven Sinne als „Ausdruck oder Aeusserung eines Gefühls oder einer Leidenschaft"; in der Bedeutung „Sprache", unterschieden von der Stimme und von dem Vermögen, durch Laute seinen inneren Zustand auszudrücken, kommt dieses Wort erst in der nachklassischen Prosa vor, s. Lexicon Ciceronianum Marii Nizolii, die grossen lateinischen Wörterbücher von Freund und Georges, das Handbuch lateinischer Stilübungen von Grysar S. 62.

Ferner würde Cicero, wenn er hier die „Sprache der Gesetze" im Sinne gehabt hätte, sich nicht einmal durch leg. vocibus, sondern nur durch legum verbis ausgedrückt haben, weil er gleich darauf „Gesetzformulirungen" nicht certae leg. voces, sondern certa leg. verba nennt. Dazu kommt, dass die Erfüllung des natürlichen Erfordernisses, die Gesetze auch „in der Sprache der Gesetze" vorzubringen, von Cicero auch nicht mit der Motivirung zu entschuldigen war, quoniam et locus et sermo familiaris est, und dass er dem hochgebildeten Atticus und seinem Bruder Quintus doch wohl nicht erst eine

meine Gesetzformulirungen), Quinte, neque ita prisca, ut in veteribus XII sacratisque legibus, et tamen, quo plus auctoritatis habeant, paulo antiquiora, quam hic sermo est. Eum morem igitur cum brevitate, si potuero, consequar. Leges a me edentur non perfectae, — nam esset infinitum, — sed ipsae summae rerum atque sententiae. Q. Ita vero necesse est, quare audiamus.

Auf die Frage des Quintus, was er unter „legum leges", also unter Gesetzen, aus denen die anderen Gesetze sich ergeben, oder unter Grundgesetzen versteht, antwortet Cicero unter Hinweisung auf die Zwölftafelgesetze, es seien dies vorerst „certa et prisca legum verba". Unter certa verba kann hier Cicero nur „kurz gefasste unabänderliche Worte" oder „Formulirungen" verstehen, wie Ulpian im Frg. 19, 3 die Formel der Mancipatio als certa

---

Erklärung zu geben brauchte, was unter „der Sprache der Gesetze" zu verstehen sei. Endlich stimmt bei dieser Auffassung auch die Antwort des Cicero mit der Frage des Quintus nicht ganz überein, weil sie nicht bloss von der Formulirung, sondern auch von dem Inhalt seiner Gesetze spricht.

Wird hingegen legum leges als eine Umschreibung unseres Ausdrucks „Grundgesetze" genommen, und voce als adverbielle Bestimmung mit proponere verbunden, so beheben sich nicht nur alle Schwierigkeiten dieser Stelle, sondern dieselbe wird auch sprachlich und sachlich völlig klar und correct. Es ist dafür zunächst geltend zu machen, dass Cicero für unseren Ausdruck „Grundgesetze" keinen technischen terminus kennt, sondern diesen Begriff nur durch legum fontes et capita umschreibt. Dafür hatte er nun hier eine andere neue, kürzere, und noch mehr zutreffende Bezeichnung gewählt, und musste somit davon eine besondere Erklärung geben. Diese Erklärung aber hatte im Hinblick auf die Zwölftafelgesetze, welche er ergänzen will, nothwendig sowohl die eigenthümliche Form als den eigenthümlichen Inhalt seiner Gesetze zu berücksichtigen. Weil er aber seine Gesetze nicht schriftlich, wie es die Natur des Sache erfordert, sondern mündlich vorbringt, so muss er diese Art seiner Mittheilung dadurch entschuldigen, quoniam et locus — et sermo familiaris est. Endlich war unter den verschiedenen Arten, wie der Lateiner unseren Ausdruck „mündlich" wiedergibt, an dieser Stelle gerade so nur allein der Ausdruck voce zutreffend, wie bei Livius I. 54: Huic nuntio, quia — dubiae fidei videbatur, nihil voce responsum est. Diese mündlich geschehene Mittheilung seiner Gesetze deutet Cicero auch in II. 18, §. 46 an: Atticus: Habeo ista: nunc de sacris perpetuis et de jure Manium restat. Marcus. O miram memoriam, Pomponi, tuam. at mihi ista exciderant. Gegen die den Juristen naheliegende Einwendung, dass durch meine Interpretation von legum leges ein ganz moderner Begriff in das römische Staatsrecht hineingetragen werde, habe ich geltend zu machen, dass bei Cicero sich eine sehr grosse Zahl von Umschreibungen moderner Begriffe vorfindet, worauf die neueren lateinischen Stilistiker aufmerksam machen,

verba bezeichnet, und Pomponius (L. 2. §. 6. D. de orig. jur.) die legis actiones als certas solennesque darstellt. Certa legum verba sind also „kurz gefasste Gesetze“ oder solche Formulirungen von Gesetzen, wie es die leges XII tabularum waren, deren absoluta brevitas verborum Gellius in XX. 1, 4 ausdrücklich hervorhebt. Die Sprache dieser kurz gefassten Gesetze soll ferner altehrwürdig sein, wie es die der Zwölftafeln war. Daher erklärt Cicero ausdrücklich, er wolle die praecise und altehrwürdige Sprache der Zwölftafelgesetze nachahmen (eum morem cum brevitate consequar). Hierauf erläutert er den Charakter seiner legum leges, indem er sie als leges non perfectae bezeichnet. Deutlicher als durch den Ausdruck „legum leges“ lässt sich unser Begriff der Grundgesetze im Lateinischen nicht wiedergeben, weil auch unsere „Grundgesetze“ nur die „Gesetze der Gesetze“, oder jene Gesetze sind, aus welchen alle anderen Gesetze hervorgehen. Grundgesetze bedürfen eben noch der Ausführung (perficere)*), wesshalb sie Cicero von den Ausführungsgesetzen unterscheidet (leges edentur a me non perfectae d. h. nicht ausgeführte Gesetze), welche als solche in das Unendliche gehen, und somit sich nicht von vornherein fixiren lassen (nam esset infinitum). Als Beispiel einer von Cicero formulirten lex legum mag das von ihm in II. c. 9. proponirte „Gesetz der Gesetze“ oder Grundgesetz, dienen: „Sacra privata perpetua sunto“. Diese lex legum wähle ich darum als Beispiel, weil Cicero ihre absoluta verborum brevitas in seinem Motivenberichte (II. c. 19. §. 47 u. 48) rechtfertigt, die Formulirung dieses Grundgesetzes unter ausdrücklicher Hinweisung auf die geltenden Bestimmungen des römischen Sacralrechts vornimmt, und dabei auch die weitere Entwicklung dieses Grundgesetzes andeutet: De sacris autem haec sit una sententia, ut conserventur semper et deinceps familiis prodantur, et, ut in lege posui, „perpetua“ sint. Hoc uno posito, quod est ad cognitionem disciplinae satis, innuberabilia nascentur, quibus implentur juris consultorum libri; quaeritur enim, qui adstringantur sacris. Dass Cicero hier nur ein Princip grundgesetzlich formuliren will, welches ihm bereits völlig entwickelt vorlag, das folgt aus dem, was er über die zur Erhaltung der Sacra Verpflichteten nach dem geltenden Rechte vorträgt: Heredum causa justissima est; — —. Deinde, qui morte testamentove ejus tantumdem capiat, quantum omnes heredes. — Tertio loco, si nemo sit heres, is, qui de bonis, quae ejus fuerint, quom moritur, usuceperit plurimum possidendo. Quarto, qui, si nemo sit, qui ullam rem ceperit, de creditoribus ejus plurimum servet. Extrema illa

*) Vgl. Cic. ad Att. VIII, 11, §. 1 (perfector).

persona est, ut si is, qui ei, qui mortuus sit, pecuniam debuerit, nemini eam solverit, proinde habeatur, quasi eam ceperit. Haec, quae nos a Scaevola didicimus, non ita descripta sunt ab antiquis. Nam illi quidem his verbis docebant etc. Das sind die Ausführungsgesetze des von Cicero formulirten Grundgesetzes, welches er mit den Worten: „summa rei atque sententia“ noch als ein nur principielles, also als ein oberstes Grundgesetz bestimmt.

Ebenso deutlich als Cicero, welcher die Zwölftafelgesetze als legum fontes et capita bezeichnet und darum auch ihre auctoritas und ubertas hervorhebt, gibt diesen Gesetzen auch Livius den Charakter von Grundgesetzen, indem er in III. 34 sagt: Centuriatis comitiis decem tabularum leges perlatae sunt: qui nunc quoque in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo fons omnis publici privatique est juris. Die Zwölftafelgesetze charakterisirt also auch Livius ganz deutlich als leges legum, und noch obendrein als so fruchtbare Grundgesetze, dass aus ihnen ein immensus aliarum super alias acervatarum legum cumulus hervorgegangen war. Livius stimmt also mit Cicero hier nicht bloss in der Sache, sondern auch in der Wahl der Bezeichnungen dieser Grundgesetze überein (fons omnis juris; leges aliarum super alias acervatarum legum). Ich brauche wohl kaum zu bemerken, dass Livius unter dem immensus legum cumulus die unermessliche Zahl der aus den Grundgesetzen durch legale Interpretation hervorgegangenen Einzelbestimmungen versteht.

Endlich bezeichnet auch Pomponius in der L. 2. §. 6. D. de orig. jur. die Zwölftafelgesetze als leges legum oder als legum fontes et capita, wenn er sich so ausdrückt: leges duodecim tabularum; ex his fluere coepit jus civile; ex iisdem legis actiones compositae sunt. Mit diesen Worten charakterisirt Pomponius nicht bloss die Zwölftafelgesetze als Grundgesetze, sondern er gibt für das Gebiet des Civilrechts auch die leges an, welche aus ihnen geflossen waren. Die eine Art dieser zahlreichen Ausführungsgesetze waren die legis actiones, die andere die aus den materiellen Bestimmungen der civilrechtlichen Grundgesetze gewonnenen Ergebnisse der legalen Interpretation, welche Pomponius „jus civile“ nennt. Diese Bezeichnung hatte aber Varro gewiss nicht gebraucht, weil Sextus Aelius, aus dessen Schriften Varro geschöpft hatte, dafür nur den Ausdruck „Interpretatio“ angewendet hatte (vgl. Pomponius a. a. O. §. 37: subjungitur interpretatio). Noch deutlicher tritt des Pomponius Charakterisirung der Zwölftafelgesetze als Grundgesetze hervor, wenn mit dieser Stelle seine Angabe in der L. 120. D. de V. S. 50, 16 verglichen wird: Verbis duodecim tabularum his: „Uti

legassit suae rei, ita jus esto" [1a]) latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi tutelas quoque constituendi; sed id interpretatione coangustatum est vel legum (dafür doch wohl nur „legibus") vel auctoritate jura constituentium. Auch diese Stelle bezeugt, dass die Zwölftafelgesetze für alle letztwilligen Erklärungen nur das angeführte oberste Grundgesetz enthielten, und dass Pomponius die ganze Entwicklung desselben der legalen und doctrinellen Auslegung, also den leges des zur Interpretation berufenen Organ's und der Interpretation der späteren Jurisprudenz zuschrieb. Weil ich auf diese Stelle noch unten zurückkommen werde, so unterlasse ich hier weitere Bemerkungen über dieselbe.

Dass nun die aus der legalen Interpretation der Grundgesetze hervorgegangenen legis actiones solche Ausführungsgesetze waren, das folgt nicht nur aus der von Pomponius (L. 2. §. 6. D. de orig. jur.) für sie gewählten Bezeichnung „legitimae actiones", sondern auch aus Gaius IV. 11: Actiones, quas in usu veteres habuerant, legis actiones appellabantur, vel ideo, **quod legibus proditae erant**, quippe tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur; vel ideo, quia ipsarum legum verbis accommodatae erant, et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur: unde cum qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est eum rem perdidisse, quia debuisset „arbores" nominare ideo, quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de „arboribus succisis" loqueretur. Weil hier Gaius die legis actiones im formellen Sinne des Wortes darzulegen beginnt, von der Unabänderlichkeit der legis actiones spricht, und die materiellen Klagrechte, welche aus den Zwölftafelgesetzen entsprungen waren, noch zu seiner Zeit galten, so muss ich trotz seiner auf die materiellen Klagrechte des Grundgesetzes hinzielenden Redewendungen doch mit Keller [1b]) festhalten, dass er hier nicht die materiellen, sondern nur die formellen legis actiones im Sinne hat. Weil nun Gaius für die Bezeichnung „legis actiones" selbst zwei Gründe anzugeben weiss und uns somit eine Alternative vorlegt, so entsteht die Frage, welcher dieser beiden Bezeichnungsgründe angenommen werden kann. Ich will zuerst jenen Bezeichnungsgrund erwägen, welchen Gaius selbst erst an zweiter Stelle anführt, und damit an-

---

1a) Genauer und richtiger Cic. de invent. II, 50: Et lex: „Paterfamilias uti supra familia pecuniaque sua legassit, ita jus esto."

1b) Civilprocess §. 12.

deutet, dass derselbe auch ihm nur eine untergeordnete Bedeutung zu haben schien. Als zweiter Bezeichnungsgrund wird nun angegeben, „weil diese Klagen aus dem unmittelbaren Wortlaute der Gesetze hervorgegangen waren" (ipsarum legum verbis accomodatae). Als Beleg dafür gibt Gaius die actio de vitibus succissis, welche darum auf „arbores succissae" zu stellen war, weil das Grundgesetz nur von „arbores" nicht aber von „vites" sprach. Schon dieses, übrigens einzig mögliche Beispiel, den Namen der legis actiones zu erklären, zeigt die Unhaltbarkeit dieser Erklärung. Weil die actio de arboribus succissis eine actio in factum delicti composita war, so musste in ihr das Delict genau mit den Worten qualificirt werden, welche das Grundgesetz enthielt. Es liegt in der Natur eines jeden mit einer Strafe bedrohten Factum, dass dasselbe nach den Worten des Gesetzes bestimmt werden muss, welches es als verpönt darstellt. Die actio de arboribus succissis hatte also bei der streng eingehaltenen Citirmethode nur die Eigenschaft aller actiones in factum delicti compositae. Wie lässt sich aber zugeben, dass mit der Fassung des Thatbestandes eines Delictes schon die ganze actio im formellen Sinne des Wortes, also die ganze forma agendi gegeben ist? Was durch diese Fassung gegeben ist, ist nur die actio im materiellen Sinne des Wortes, oder das Klagrecht, weshalb Gaius hier auf einmal der formellen actio die materielle, die nicht hieher gehört, substituirt, und dadurch hier denselben Fehlschuss macht als in IV. 1, wo er ebenfalls bei der Eintheilung der von ihm darzulegenden formellen actiones oder formulae nur von der actio im materiellen Sinne ausgeht, wie ich unten weitläufiger zu zeigen haben werde [2]). Rechtfertigt nun diese Erklärung den Namen der legis actiones nicht einmal in Bezug auf die actiones in factum delicti compositae, wie soll diese Erklärung für die actiones in jus compositae ausreichen, bei welchen auch das ohnehin nicht hieher gehörige Klagrecht sich hinter allgemeinen Clauseln (z. B. oportere) verbarg? Noch mehr, wie steht es mit dem accommodare ipsarum legum verbis, wenn die actio, also wieder das nicht hieher gehörige Klagrecht, durch ausdehnende Auslegung gegeben worden war, deren Operation gerade darin besteht, dass dabei mit Beachtung des Sinnes des Gesetzes über dessen Wortlaut hinausgegangen wird? Dieser Bezeichnungsgrund scheint mir also nicht einmal von dem hier ganz unzulässigen Standpunkte der materiellen actio als ein haltbarer, geschweige denn für die formelle legis actio. Gewisse Bedenken

2) Vgl. Ihering, Geist II. 2, S. 612, Note 271.

gegen diesen Erklärungsversuch hatte jedenfalls auch Gaius selbst, weil er ihn nur als secundären hinstellt. Dass er ihn aber gleichwohl uns zur Wahl überlässt, das ist ein sicherer Beweis, dass den späteren Juristen die Kenntniss eines Institutes bereits abhanden gekommen war, deren Verlust ihnen die Einsicht in die Natur der legis actiones erschwerte: ich meine die Kenntniss des staatsrechtlichen Institutes der Interpretation der Grundgesetze, dessen Existenz ich schon oben nachgewiesen zu haben glaube, und auf dessen Fortdauer auch nach der Decemviralgesetzgebung ich bald zurückkommen werde. Gerade dieses staatsrechtliche Institut der Interpretation enthält jene Erklärung des Namens der legis actiones, welche auch Gaius an erster Stelle angibt: quod legibus proditae erant. Unter „leges" können hier nicht die Gesetze der Decemvirn verstanden werden, weil Pomponius die Composition der legis actiones ausdrücklich den Pontifices zuschreibt und dabei hervorhebt, dass diese aus den Zwölftafelgesetzen componirt worden seien [3]). Unter den von Gaius erwähnten Gesetzen können also nur jene auf die formellen Klagen sich beziehenden Ergebnisse der legalen Interpretation oder jene Ausführungsgesetze verstanden werden, von welchen auch Cicero und Livius in den oben besprochenen Stellen reden. Wurden nun diese Klagen von Pomponius desshalb actiones legitimae genannt, quod legibus proditae erant, so ist damit zwar die Erklärung ihrer gesetzlichen Natur und ihrer Unveränderlichkeit gegeben, aber noch nicht die Erklärung jenes Ausdrucks, um welchen es sich hier handelt. Legis actiones hiessen diese Klagen vielmehr desshalb, weil sie mittelbare Actionen der Lex waren; wir wissen aber, dass die Römer den Ausdruck Lex sehr häufig im eminenten Sinne nehmen und darunter „das Grundgesetz" verstehen: per eminentiam autem legitimi (tutores) dicuntur lege duodecim tabularum introducti (Ulp. Frgm. XI. 3). Aus diesem Grunde hat auch der neueste Herausgeber der Zwölftafelfragmente, Eduard Schoell, seinem Buche mit Recht den Titel gegeben: Legis duodecim tabularum fragmenta. Legis actiones sind also die durch die legale Auslegung aus dem „Grundgesetze" hervorgegangenen Actionen, welche wegen dieses ihres Ursprungs leges waren und darum auch legitimae genannt wurden. Waren sie aber durch die Interpretation aus der Lex hervorgegangen, so musste bei ihrer Composition der Wortlaut der Lex möglichst verwerthet werden, woraus ohne Zweifel später der zweite Bezeichnungsgrund der legis

---

3) Pompon. L. 2. §. 6. D. de orig. jur.: Ex his legibus actiones compositae sunt. — Actiones apud collegium pontificum erant.

actiones abgeleitet wurde. Belege für die wirkliche Verwerthung des Wortlauts des Grundgesetzes bei der Composition der Legis actiones hat Ihering gegeben [4]). Waren nun die legis actiones aus der Lex durch die von Pomponius bezeugte Interpretation der Pontifices hervorgegangen, und hatten diese actiones legitimae die Natur jener leges, von welchen Cicero, Livius und Gaius reden, so muss der Pontifex Maximus mit seinem Collegium die alte königliche potestas legum interpretandarum für das Gebiet des Civilrechts noch nach der Decemviralgesetzgebung ausgeübt haben. Dass dies wirklich der Fall war, lässt sich aber sogar auch aus der in der L. 2. §. 6. D. de orig. jur. erhaltenen Nachricht des Pomponius nachweisen: Omnium tamen harum (scil. legum) et scientia interpretandi et actiones apud collegium pontificum erant. So wie uns diese Nachricht jetzt vorliegt, kann freilich weder Pomponius noch sein Gewährsmann Varro sich ausgedrückt haben. Es ist geradezu sprachwidrig von legum scientia interpretandi zu sprechen, und weil hier das „apud" für den ersten Theil des Satzes gewiss nicht im localen, sondern nur im juristischen Sinne von „penes, = in potestate" interpretirt werden kann, so ist es auch widersinnig zu sagen, dass diese scientia interpretandi in potestate collegii pontificum sich befand, oder dass die Wissenschaft der Auslegung dieser Gesetze ein Recht der pontifices war. Weil nun dieser Satz sowohl seine grammatische als sachliche Richtigkeit erhält, wenn für die widersinnige und sprachwidrige „legum scientia interpretandi" die sinn- und sprachgemässe „interpretatio" gesetzt wird, so bleibt nichts anderes übrig als anzunehmen, dass das Substantiv „scientia" weder Pomponius noch Varro angehört. Wird nun hier für die „scientia interpretandi" der ursprüngliche Ausdruck „interpretatio" gesetzt, so wird dieser Satz nicht bloss grammatisch und sachlich richtig, sondern auch sonst völlig klar: Omnium tamen harum (scil. legum) et interpretatio et actiones apud collegium pontificum erant: d. h. „Allein sowohl die Auslegung als die Klagen (im materiellen und formellen Sinne) aller dieser Gesetze lagen in der Gewalt des Pontifical-Collegiums". Damit ist aber von Varro und Pomponius ausdrücklich bezeugt, dass der Pontifex Maximus mit seinem Collegium die civilrechtliche potestas legum interpretandarum noch nach der Decemviralgesetzgebung ausübte, dass somit die Entwicklung des gesammten grundgesetzlichen Civilrechts und seines Processes seiner Gewalt anvertraut, er also noch immer custos juris civilis war. Weil nun die Pontifices das jus interpre-

4) Geist, II. 2, S. 613 fg.

tandi hatten, so war es auch natürlich, dass die Ergebnisse ihrer Interpretation in ihrem Archive aufbewahrt wurden. Die legis actiones werden von den späteren Schriftstellern auf die Bücher der Pontifices zurückgeführt [5]) und Valerius Probus identificirt geradezu die monumenta pontificum (§. 1) mit den legis actiones (§. 4) [6]).

Wie die Klagen, so hatten auch die aus der legalen Interpretation der Pontifices hervorgegangenen Bestimmungen des materiellen Civilrechts eine gesetzliche Natur. Dies bestätigt zunächst ein Vergleich der Stellen bei Cicero pro Caecina c. 19 §. 54 und Topic. IV, 23 mit Gaius II, 42. Bei Cicero heisst es: Lex usum et auctoritatem fundi jubet esse biennium: at utimur eodem jure in aedibus, quae in lege non appellantur; — Quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium, at in lege non appellantur et sunt ceterarum rerum omnium, quarum annuus est usus. Hingegen heisst es bei Gaius: Usucapio autem mobilium rerum anno completur, fundi vero et aedium bienno, et ita Lege XII tabularum cautum est. Die Ergebnisse der Interpretation hatten also eine so entschieden gesetzliche Natur, dass sie später sogar in den Tenor des Gesetzes aufgenommen wurden. Weil nämlich nicht angenommen werden kann, dass hier ein persönlicher Irrthum des Gaius vorliegt — so leichtfertig schrieb der Commentator der Zwölftafeln wohl nicht, — so muss der Gaius vorliegende Text wirklich so gelautet haben, wie er ihn im Gegensatze zu Cicero angibt; dass wir aber hier mit keinem persönlichen Irrthum des Gaius zu thun haben, sondern dass die Ergebnisse der Interpretation später theilweise sogar in den Text der Lex aufgenommen wurden, dafür sprechen noch folgende mit einander zu vergleichende Stellen: Cicero sagt in Disput. Tusc. III. 5, 11 über den furiosus: qui ita sit affectus, eum dominum esse rerum suarum vetant XII tabulae; itaque non est scriptum: „si insanus, sed si furiosus" esse incipit [7]), und de inventione II. 50, 148: Lex: Si furiosus escit, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto [8]). Dagegen muss Ulpian die Bestimmung der Interpretation über den prodigus bereits in den Text des Gesetzes aufgenommen vorgefunden haben, weil er im frg. XII, 2 so schreibt: Lex XII tabularum furiosum itemque prodigum, cui interdictum est, in curatione jubet esse

---

5) Cicero de orat. I. 43.

6) Mommsen, Berichte der sächsischen Gesellsch. der Wiss. histor. philol. Klasse, 1853 S. 131. vgl. Ihering, Geist II. 2, S. 265, 581, 614 Note 874.

7) Dieses Citat findet sich auch bei Nonius p. 443 M.

8) Vgl. Auct. ad Herennium I. 13, 23.

agnatorum[9]). Die Interpretation, deren Ergebnissen in diesen Stellen eine gesetzliche Natur zuerkannt wird, ist zwar nicht die Auslegung principieller Bestimmungen, sondern die gewöhnliche interpretatio extensiva, allein weil die Ergebnisse der einen wie der anderen nur dann eine gesetzliche Natur haben, wenn sie vom competenten Organ ausgesprochen werden, so ist die Folgerung begründet, dass auch die Bestimmungen der auf principielle Gesetze sich beziehenden Interpretation im Gebiete des materiellen Civilrechts eine gesetzliche Natur hatten, und somit ebenfalls leges waren.

Weil aber dem Pontifex Maximus und dem von seinem Collegium delegirten Vorstand der Civilgerichte die ganze Entwicklung des gesetzlichen Civilrechts, wie einst dem Könige anvertraut war, so folgt daraus, dass, wie in der Königszeit, so auch jetzt noch der mos civitatis für sich allein kein Civilrecht erzeugte, sondern dazu der Anerkennung des rechtsetzenden Organ's, also, soweit es sich um die gerichtliche Praxis handelte, des delegirten Pontifex, bedurfte. Eine ausdrückliche Bestätigung dessen enthält die treffende Stelle aus Ulpians lib. I. ad Sabin. in der L. I. pr. D. de curat. 27, 10, wo berichtet wird: Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est[10]). Es ist anerkannt, dass die Lex über diese Interdiction keine Bestimmung enthielt[11]), wesshalb diese Stelle Ulpians nur so verstanden werden kann, dass diese Interdiction nach der Decemviralgesetzgebung anfänglich nur als mos der betheiligten Agnaten und Gentilen des Verschwenders vorkam, später aber vom rechtsetzenden Organ in der Form der Interpretation der Lex Anerkennung und somit civile Natur erhielt. Für diese Anerkennung spricht auch die Existenz der von Paulus sentent. III. 4 a §. 7 erhaltenen, die Voraussetzungen der Interdiction normirenden Interdictionsformel, welche sich ebenso durch ihren von Paulus bezeugten Ursprung als durch ihre Fassung noch als legisactio nur des oder der Betheiligten wiedererkennen lässt: Quando tibi bona paterna

---

9) Z. vgl. auch Paul. sentent. IV. 18 (Collat. XVI. 3, 3) mit Ulpian frg. 26, 1; ferner den Wortlaut der Lex über das tignum junctum (bei Schoell a. a. O. p. 135) mit Paulus in der L. 23, §. 6. D. de R. V. (6, 1); L. 63 D. de donat. inter virum et uxor. (24, 1) und Ulpian in der L. I. pr. D. de tigno juncto (47, 3).

10) Vgl. Paul. sent. III. 4 a §. 7 und Cicero de senectut. c. 7., welche zwar die „mores", nicht aber auch die Lex erwähnen.

11) Dirksen, Zwölftafeln S. 304, 379. —

avitaque nequitia disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi aere (Huschke: Lare) commercioque interdico[12]). Den juristischen Ursprung aller Formeln hat schon Ihering nachgewiesen[13]), und zugleich hervorgehoben, dass Sextus Aelius in seinen Tripertita für das Gewohnheitsrecht keinen Platz hatte, und dieses auch Gaius in I. 2 bei der Aufzählung der Rechtsquellen nicht erwähnt[14]).

Weil nun die aus der Interpretation des Grundgesetzes hervorgegangenen Einzelbestimmungen eine gesetzliche Natur hatten, so erklärt sich dadurch nicht bloss die grosse Zahl dieser Gesetze, sondern auch der Platz, welchen sie nach Pomponius (L. 2. §. 37. D. de orig. jur.) schon in den Tripertita des Sextus Aelius einnahmen: Sextum Aelium etiam Ennius laudat, et exstat illius liber, qui inscribitur Tripertita; qui liber velut cunabula juris continet. Tripertita autem dicitur, quoniam lege duodecim tabularum praeposita (sub)jungitur interpretatio, deinde subtexitur legis actio. In den Tripertita des Sextus Aelius waren also jeder grundgesetzlichen Bestimmung die aus der legalen Interpretation hervorgegangenen Einzelbestimmungen des materiellen Civilrechts und des Processrechtes, also auch die speciellen legis actiones oder Klagformen, angeschlossen.

Die Volksgesetze der Königszeit habe ich oben als principielle Gesetze dargestellt: es fragt sich nun, ob auch die Zwölftafelgesetze nur principielle Grundgesetze waren.

Wie nun auch die Volksgesetze der Königszeit nur insoweit sich als principielle Gesetze betrachten lassen, als es die Natur der Sache gestattet, weil im Gebiete des Strafrechts und des Processes auch concrete Bestimmungen unabweislich sind, so müssen für das Strafrecht und den Process auch die Zwölftafelgesetze solche concrete Bestimmungen enthalten haben, zumal es für das Gebiet des Criminalrechts sich zugleich um die Beschränkung des „imperium consulare“ gehandelt hatte. Wir müssen also annehmen, dass die Decemvirn die Delicte genau qualificirt hatten, und dass diese früher nicht auf Tafeln aufgestellten Gesetze nun in der Form der Volksgesetze publicirt wurden. Soll jedoch das staatsrechtliche Institut der Interpretation im Gebiete des Civilrechts seinen Zweck erreichen, sollen ferner die Zwölftafeln mit Cicero, Livius und Pomponius als legum fontes et capita aufgefasst, und ihnen die ubertas zugeschrieben werden, welche ihnen Cicero und Livius zuerkennen,

---

12) Vgl. Gellius VII. 11. — 13) Geist II. 2. S. 581.
14) Geist II. 1 S. 37—45.

so müssen die Zwölftafelgesetze zu gutem Theil nur als principielle, also nur als oberste Grundgesetze aufgefasst werden, wie ja sogar noch Cicero, welcher hinsichtlich des Charakters der Gesetze nur die Decemviralgesetzgebung nachahmt, die in seiner Schrift de legibus vorgeschlagenen leges legum nur als „summae rerum atque sententiae“ bezeichnet.

Dem hier gewonnenen Ergebnisse scheinen die uns erhaltenen Fragmente der Zwölftafelgesetze zu widersprechen, weil sie nur wenige Bestimmungen enthalten, welche als solche principielle oder oberste Grundgesetze aufgefasst werden können [15]). Hierauf habe ich die schon gemachte Bemerkung zu wiederholen, dass principielle Gesetze auf das praktische Leben keinen unmittelbaren Einfluss auszuüben vermögen, ein solcher Einfluss vielmehr nur den Gesetzen concreten Inhaltes zugeschrieben werden kann, mögen diese Grund- oder Ausführungsgesetze sein. Da nun in den Quellen in der Regel nur praktisch wirksame Bestimmungen der Zwölftafelgesetze erwähnt werden konnten, wobei uns noch obendrein nur in wenigen Fällen der unmittelbare Wortlaut des Grundgesetzes bezeugt wird, so können die uns erhaltenen Fragmente der Zwölftafelgesetze die Beweiskraft der Stellen bei Cicero, Livius und Pomponius nicht schwächen, welche diese Gesetze im Allgemeinen nur als oberste Grundgesetze erkennen lassen.

Auf jene Stellen im Berichte des Pomponius, nach welchen das aus den Zwöltafelgesetzen geflossene Civilrecht als ein s. g. Juristenrecht zu betrachteh wäre, werde ich bald mit einigen besonderen Bemerkungen zurückkommen.

Dauernde Erfolge der Decemviralgesetzgebung nur im Gebiete des Civilrechts.

§. 12. Den Zwölftafelgesetzen als obersten Grundgesetzen wird von Cicero, Livius und wohl auch von Pomponius eine grosse Fruchtbarkeit zugeschrieben, wobei jedoch der Unterschied hervortritt, dass Livius diese Fruchtbarkeit auch auf das jus publicum zu beziehen scheint, Cicero und Pomponius aber in den Stellen, in welchen sie diese Fruchtbarkeit hervorheben, nur vom Civilrecht zu sprechen haben. Es entsteht somit die Frage, ob die Fruchtbarkeit der Zwölftafelgesetze auf alle Rechtsgebiete zu beziehen oder auf das Civilrecht zu beschränken ist. Die Antwort auf diese Frage

15) Eine Zusammenstellung dieser Fragmente mit einem kurzen Commentar zu finden jetzt auch bei Kuntze, Excurse S. 111—118.

ist zunächst durch die Aufgabe gegeben, welche die Decemvirn erhalten hatten, und durch das beschränkte Maass, in welchem sie dieselbe zu lösen vermochten.

Das Sacralrecht war nicht bloss in dieser Zeit kein Gegenstand des Streites der Parteien, sondern dasselbe blieb auch nach der Decemviralgesetzgebung am längsten in unbestrittenem Besitze der Patricier. Das Sacralrecht konnte also vor den Decemvirn um so weniger in Frage kommen, als sie auch die sacrale Hoheit des Pontifex Maximus nicht erhalten hatten, ihre potestates sich also nur auf die Interpretation, Verbesserung und Ergänzung des jus humanum bezogen. Die Decemvirn waren also schon durch die ihnen ertheilten potestates angewiesen, jene Bestimmungen des geltenden Sacralrechts, welche mit dem jus humanum in einem unmittelbaren Zusammenhange standen, und berücksichtigt werden mussten, unverändert in ihre Gesetzgebung aufzunehmen. Daraus folgt nun von selbst, dass diese Bestimmungen nicht nothwendig unter den Gesetzen über das jus publicum, zu welchem sonst das Sacralrecht gehörte, Platz finden mussten. Wenn also die Bestimmungen über das jus sepulchrorum und die Todtentrauer in die 10. Tafel aufgenommen worden waren (Cicero de legib. II. 25), so folgt daraus allein noch nicht, dass auch diese Tafel dem jus publicum gewidmet war. Aus der Incompetenz der Decemvirn, sacralrechtliche Bestimmungen zu ändern, erklärt es sich auch, warum sie die attische Zeitrechnung nicht vollständig einführten. Es darf also auch die strenge Beibehaltung der Feiertage nicht, wie dies jetzt geschieht, „ihrem Aberglauben“ zugeschrieben werden. Das Volk scheint aber sogar durch eine besondere Bestimmung des Grundgesetzes von jedem Einflusse auf das Sacralrecht ausgeschlossen worden zu sein. Weil nämlich Valerius Probus unter dem §. 3 (de legibus et plebiscitis) auch die Siglen anführt: S. Q. S. S. E. Q. N. J. S. R. E. H. L. N. R. = Si quid sacri sancti est, quod non jure sit rogatum, ejus hac lege nihil rogatur [1]), und Cicero pro Caecina c. 33 die Worte „quod jus non sit rogarier, ejus hac lege nihil rogatur“, ausdrücklich als eine allen Gesetzen gemeinsame Clausel hervorhebt, durch welche die legislative Gewalt des Volkes beschränkt werde, so möchte ich sie nicht nur auf die durch die Strafe der Sacertät geschützten Gesetze, sondern auch auf das Sacralrecht beziehen, weil ja überhaupt das Fas durch das Jus nicht alterirt werden durfte. Wird nun diese Clausel auch auf das Sacralrecht bezogen, dann erscheint die Unabhängigkeit des

1) Keil, Grammatici L. IV. p. 273.

Pontifex Maximus und seines Collegiums in Sachen des Sacralrechts von allem Einflusse des Senates, des Volkes und seiner Magistrate sogar grundgesetzlich festgestellt.

Ich kann also die in Rede stehende Fruchtbarkeit der Zwölftafelgesetze auf das Sacralrecht nicht beziehen.

Anders verhält es sich mit dem Civilrecht, zu dessen Auslegung, Verbesserung und Ergänzung die Decemvirn ausdrücklich bevollmächtigt worden waren, und von dem ich schon oben bemerkte, dass es ebenfalls kein Gegenstand des Kampfes der Parteien war. In diesem Gebiete glaube ich vorzügliche Leistungen der Decemvirn des ersten Jahres desto sicherer suchen zu dürfen, je mehr ihnen vor Allem daran gelegen sein musste, auf diesem neutralen Gebiete Ausgezeichnetes zu leisten und sich das Vertrauen der Gesammtheit für die Lösung der brennenden Fragen des Criminal- und Staatsrechts (Abschaffung des Consulats und Volkstribunats) zu erwerben. Dass die Decemvirn des ersten Jahres mit diesen Fragen nichts zu thun hatten, und sie vorsichtiger Weise auf das zweite Jahr verschoben, dafür gibt die beglaubigte Thatsache einen sicheren Fingerzeig, dass die Plebejer erst im zweiten Jahre Alles aufboten, um drei ihrer Standesgenossen: G. Poetilius, Kaeso Duilius, Spurius Oppius, in das Collegium zu bringen, und dies auch erreichten [2]. Der eigentliche Erfolg der Decemviralgesetzgebung ist daher wohl nur im Gebiete des Civilrechts zu suchen.

Unter den auf das Civilrecht sich beziehenden Gesetzen aus der Königszeit lassen sich nur sehr wenige als Volksgesetze denken, wobei ich an das über die 50 Gesetze des Servius Tullius Gesagte erinnere; alle Gesetze, welche die Bedürfnisse des praktischen Lebens unmittelbar zu befriedigen hatten, waren leges regiae im eigentlichen Sinne dieses Wortes. Waren nun diese wegen der lebenslänglichen Würde des Königs auch nicht so veränderlich als die Edicte der republicanischen Magistrate, so waren sie als Ausflüsse der königlichen Interpretation doch nach Umständen veränderlich und ihre Geltung von dem Ermessen des Königs abhängig. Von diesem Standpunkte aus betrachtet, vollzieht sich durch die Decemviralgesetzgebung im Gebiete des Civilrechts zunächst die grosse Reform, dass es breitere Grundlagen erhielt, diese aber verfassungsmässig gesichert wurden. Die Rechte, welche die Bürger dadurch gewannen, waren also verfassungsmässige Eigenrechte, die kein Magistrat erst zu bewilligen oder zu versagen hatte. Wenn also die Decemvirn ihre legislative Thätigkeit auch bloss auf Sichtung,

2) Dionys. X, 58. Livius III, 32, 7.

Systemisirung und bessere Stilisirung der bereits vorhandenen civilrechtlichen Gesetze beschränkt hatten, so müsste ihrer Gesetzgebung dennoch ein grosser Fortschritt in freiheitlicher Beziehung zuerkannt werden; allein es liegt kein haltbarer Grund zur Annahme vor, dass sie die erhaltenen Vollgewalten auf diesem neutralen Gebiete nicht ebenso im Interesse der Patricier als der Plebejer gehörig verwertheten. In Fragen über „Mein und Dein" erweisen sich bekanntlich auch politische Freundschaften als sehr gebrechlich, wesshalb mit Sicherheit angenommen werden kann, dass die Decemvirn im Gebiete des Civilrechts Alles aufboten, um das ihnen zu Theil gewordene Vertrauen des Volkes glänzend zu rechtfertigen. Dies erklärt mir mehr als alles Andere, warum die ersten zehn Tafeln von Seite des Volkes nicht bloss keinen Widerstand fanden [3]), sondern es sogar bewogen, die meisten Mitglieder dieses Regenten-Collegiums auch noch für das nächste Jahr mit denselben Gewalten auszurüsten, wiewohl die Plebejer wissen mussten, dass die Schwierigkeiten für sie erst beginnen würden.

Es ist klar, dass die Erledigung der Fragen, welche bisher die heftigsten Kämpfe veranlasst hatten, den Decemvirn grosse Schwierigkeiten bereiten mussten, weil es zweifellos ist, dass ihnen die energische, mit allen Machtmitteln ausgerüstete und festgeschlossene Partei der Patricier feindlich gegenüberstand, wenn sie sich namentlich im Staatsrechte erhebliche Neuerungen in den Sinn kommen liessen. Gerade ächt staatsmännische Massregeln, welche zwei erbitterte, einander auf Leben und Tod bekämpfende Parteien versöhnen sollen, pflegt das Loos zu treffen, dass sie keine der Parteien befriedigen. Den Grund aller Verwirrungen und Rechtserschütterungen, nämlich den Conflict der Consular-Gewalt mit der Gewalt der Volkstribunen, mussten die Decemvirn zu beseitigen trachten. Dieser Conflict war ja eben die nächste Veranlassung ihrer Einsetzung gewesen. Es muss also angenommen werden, dass in der eilf-

---

3) Livius III, 34: ingenti — hominum exspectatione propositis decem tabulis populum ad concionem advocaverunt, et „quod bonum, faustum felixque reipublicae, ipsis liberisque eorum esset, ire et legere leges propositas jussere. Se quantum decem hominum ingeniis provideri potuerit, omnibus summis infimisque jura aequasse; plus pollere multorum ingenia consiliaque. Versarent in animis secum unamquamque rem, agitarent deinde sermonibus, atque in medium, quid in quaque re plus minusve esset, conferrent. Eas leges habiturum populum Romanum, quas consensus omnium non jussisse latas magis, quam tulisse videri posset. Quum ad rumores hominum de unoquoque legum capite editos satis correctae viderentur, centuriatis comitiis decem tabularum leges perlatae sunt — —).

ten oder zwölften Tafel dieser Conflict durch Beseitigung des von den Patriciern leidenschaftlich vertheidigten Consulats und des von den Plebejern hochgehaltenen Volkstribunats ausgegeglichen war [4]). Die Art, wie dies geschah, ist vielleicht angedeutet durch die übereinstimmenden Nachrichten über den Einfluss der Solonischen Gesetzgebung auf die der Decemvirn. In Athen aber lag die Regierung in den Händen von neun Archonten. Es lässt sich also wohl denken, dass die Decemvirn ein Regierungs-Collegium von sechs Patriciern und drei Plebejern mit einem Patricier als Leiter des Collegiums und custos urbis [5]) einsetzten, dabei aber für die drei Plebejer ebenso den Schutz der leges sacratae als das Intercessionsrecht aufrecht erhielten, welches letztere ohnehin mit jeder par majorve potestas verbunden war. Auf analoge Weise wurde ja das Volkstribunat auch später wirklich unschädlich gemacht, indem es in anderer Form zu einem Regierungsorgan erhoben wurde [6]). War nun dies der Fall, so waren sie gewiss genöthigt, die Executivgewalt so lange in ihren Händen zu behalten, bis sich die Gemüther beruhigt und mit der neuen Ordnung der Dinge ausgesöhnt hatten. Dieser Entschluss wird ihnen vielfach sehr übel vermerkt [7]), von Mommsen [8]) aber dadurch gerechtfertigt, dass nach dem römischen Staatsrecht auch ein auf Zeit bestellter Beamter erst durch förmliche Niederlegung seines Amtes aufhörte, Beamter zu sein.

Diese Absicht, die neue Ordnung der Dinge durch Fortführung des Regiments zu sichern, hatte bekanntlich die Leidenschaft des Appius Claudius und die Schwäche seines plebeischen Collegen Spurius Oppius, welcher im Processe der Verginia von seinem Intercessionsrechte keinen Gebrauch gemacht hatte, vereitelt, indem es den Patriciern gelang, die Erbitterung der Plebejer gegen Appius Claudius zu einer raschen Coalition beider Stände auszunützen, und die Decemvirn zu stürzen. Die rasche Coalition vollzog sich ohne Zweifel auf Grund eines Compromisses zwischen den Patriciern, welche das Consulat, und den Plebejern, welche die Wiederherstellung des Volkstribunats und der Provocation forderten. (Livius III,

4) Macrobius I, 13, 21: Tuditanus refert — decemviros, qui decem tabulis duas addiderunt de intercalando populum rogasse. Cicero de republ. II, 27: Decemviri duabus tabulis iniquarum legum additis connubia ne plebei cum patribus essent, lege sanxerunt. vgl. Livius IV. 4; Dionys. X, 60.

5) So nannte ihn Gaius (Joann. Lydus de magist. I. 34).

6) Mommsen, Röm. Gesch. I, 1. S. 315 fg.

7) Pomponius L. 2. §. 24 D. de orig. jur. Cicero de republ. II. 37; Livius IX. 39; Dionys. X, 59. 60.

8) a. a. O. S. 286.

53, 4). Weil nun durch dieses Compromiss die neue Ordnung der Dinge, welche die zwei letzten Tafeln enthielten, wieder hinfällig wurde, so musste nach dem Sturze der Decemvirn eine neue Vereinbarung der Parteien erzielt, und ihre Ergebnisse in die Grundgesetze aufgenommen werden. Nach Diodor (XII, 26) hatten die Decemviralgesetzgebung erst die Consuln Valerius und Horatius beendet; nur zehn Tafeln wären beendet gewesen, die übrigen hätten diese Consuln abgefasst, und darauf alle zwölf aufstellen lassen. Macrobius und Cicero schreiben aber auch die zwei letzten Tafeln den Decemvirn zu. Wenn nun nach dem Sturze der Decemvirn ein Compromiss der beiden Parteien unabweislich war, so kann sich die Thätigkeit der genannten Consuln nur auf die Redaction dieses Compromisses bezogen haben, wobei es nahe liegt zu vermuthen, dass in Folge der Aenderungen des Compromisses auch die ersten zehn Tafeln in soweit zu revidiren waren, als es die Einheit der Gesetzgebung gefordert hatte. Die Patricier behaupteten dabei das Consulat, die Plebejer ihre Magistrate, und ihre comitia tributa, zu deren Competenz die Wahl der plebeischen Magistrate, die Gerichtsbarkeit, mit Ausnahme der den Centuriat-Comitien vorbehaltenen Capitalprocesse, und die Gesetzgebung gehörte [9]). Für das Gebiet des Staatsrechts war also die Decemviralgesetzgebung ohne ein erhebliches Resultat geblieben.

Von den strafrechtlichen Bestimmungen mag sich ein grosser Theil auf die delicta privata bezogen haben, und gehörte somit zum jus privatum. Es ist schon oben bemerkt, dass die Decemvirn diese Delicte genau qualificirt hatten. Dasselbe lässt sich auch von den delicta publica annehmen, deren Qualificationen sich wohl an die der delicta privata anschlossen. Weil nun, abgesehen von den Gesetzen, welche sich auf die Amtsverbrechen des regierenden Standes der Senatoren bezogen, bis auf Sulla kein Gesetz criminalrechtlichen Inhalts gegeben wurde [10]), so muss angenommen werden, dass sich die Decemvirn um diesen Theil des jus publicum ebenfalls Verdienste erworben hatten, wesshalb Sulla auf den Grundlagen der Decemviralgesetzgebung die Legislation über die gewöhnlichen delicta publica nur fortführte [11]).

Für das Sacralrecht hatten die Decemvirn keine legislative Befugniss erhalten und mussten somit alle einschlägigen Bestimmungen desselben unverändert in ihre Legislation aufnehmen; die beabsich-

9) z. s. jetzt Ptaschnik, Ztsch. f. österr. Gymn. 10. Hft. 1870 S. 499 fg.
10) A. W. Zumpt, Criminal-R. II. 2. S. 3.
11) Vgl. Zumpt a. a. O. I, 1. S. 359—402.

tigten Reformen im Staatsrecht waren gescheitert; im Gebiete des Strafrechts wurden die Unbestimmtheiten durch genaue, die Citirmethode ermöglichende Qualificationen der Delicte ersetzt, die Strafgesetze in der Form der Volksgesetze publicirt und dadurch das Strafrecht auf verfassungsmässige Volksgesetze basirt, allein es ist kein Zweifel, dass die Decemvirn hierbei über das bisher geltende Recht nicht weit hinausgingen. Das Hauptergebniss dieser Legislation ist also auf das Civilrecht zu beschränken, und die besprochene Fruchtbarkeit derselben auf die civilrechtlichen Ausführungsgesetze zu beziehen. Auch dafür gibt Cicero's Schrift de legibus wichtige Aufschlüsse. Je bestimmter strafrechtliche Gesetze gefasst sind, desto besser steht es mit der Strafrechtspflege: für dieses Gebiet hatte also Cicero der Natur der Sache entsprechend keine „summae rerum atque sententiae" zu formuliren. Er unterlässt aber auch ganz und gar civilrechtliche Grundgesetze „in certa verba" einzukleiden oder zu formuliren. Der Grund dafür ist ohne Zweifel der, weil er sonst genöthigt gewesen wäre die civilrechtlichen leges der Zwölftafeln einfach abzuschreiben und sich damit lächerlich zu machen. Wenn also Cicero es nicht als überflüssig fand, in dieser Schrift aus den geltenden Bestimmungen des Sacralrechts und Staatsrechts oberste Grundgesetze zu formuliren, so können solche die Zwölftafelgesetze nicht enthalten haben. Endlich enthielten die Tripartita des Sextus Aelius nur die aus der Interpretation der Pontifices hervorgegangenen Ausführungsbestimmungen der Grundgesetze, also nur Civilrecht. Wenn nun Livius die ersten 10 Tafeln zugleich als fontes publici juris bezeichnet, so kann diese Bezeichnung nur von den criminalrechtlichen Bestimmungen der Grundgesetze verstanden werden, während jener immensus legum cumulus, von welchem er spricht, hauptsächlich nur auf das Civilrecht bezogen werden muss, wie ja auch Suetonius eine „immensa diffusaque legum copia" nur für das Civilrecht bezeugt [12]).

Schon diese Ergebnisse rechtfertigen die Behauptung, dass der Erfolg der Decemviralgesetzgebung für das röm. Civilrecht ein entscheidender und dauernder war; ihre tiefere Begründung wird diese Behauptung unten an der Stelle finden, wo ich nachzuweisen haben

---

12) Suetonius, Caesar 44: jus civile ad certum modum redigere atque ex immensa diffusaque legum copia optima quaeque et necessaria in paucissimos conferre libros destinavit. vgl. Isidor V. 1. Hierbei ist jedoch daran zu erinnern, dass einige Juristen auch das Edict des Prätors als eine lex annua bezeichneten, Cicero in Verrem II. 1. 42.

werde, dass die pontificischen Actionen ein ausgebildetes und abgeschlossenes System enthielten, dass sie als Actionen des Grundgesetzes die verfassungsmässige Grundlage der nationalen Civilrechtspflege bildeten, und durch ihre absolute Gleichstellung und Eigenberechtigung der Parteien, so wie durch ihre unbeschränkte Freiheit im Angriff und in der Vertheidigung auch ein sehr würdiger Ausdruck der verfassungsmässigen Rechtsgleichheit und Freiheit der römischen Bürger waren.

Weil die Bestimmungen der Zwölftafelgesetze zu gutem Theil oberste Grundgesetze waren, und als solche zugleich die bleibenden Grundlagen, auf welchen sich die ganze Entwicklung des nationalen Civilrechts vollzog, so erklärt sich auch die durch die besprochenen Stellen bezeugte hohe Bedeutung (auctoritatis pondus), Fruchtbarkeit (ubertas) und Dauerhaftigkeit dieser Gesetze. Zu welchem Gegensatze die Annahme der Beschränkung der Decemviralgesetzgebung auf die Codification des Gewohnheitsrechtes führen, und wie nachtheilig diese Uebertragung deutscher Zustände nach Rom für die Würdigung der civilrechtlichen Erfolge der Decemviralgesetzgebung sein musste, dafür mögen einige Bemerkungen Mommsens [13]) und Ludwig Lange's [14]) zum Beweise dienen. Mommsen schreibt: „die wesentliche politische Bedeutung (der Decemviralgesetzgebung) lag weit weniger in dem Inhalt des Weisthums, als in der jetzt festgestellten Verpflichtung der Consuln, nach diesen Processformen und diesen Rechtsregeln Recht zu sprechen und in der öffentlichen Aufstellung des Gesetzbuches, wodurch die Rechtsverwaltung der Controle der Publicität unterworfen, und der Consul genöthigt ward, allen gleiches und wahrhaft gemeinsames Recht zu sprechen (vgl. S. 473).“ Lange bemerkt: „Die Rechtssicherheit übrigens, welche die Decemviralgesetzgebung hatte herbeiführen *sollen*, *konnte der Natur der Sache nach nicht von langer Dauer sein*. — Die Entwicklung des Privatrechts ging trotz der schriftlichen Fixirung unaufhaltsam weiter. Denn es liegt im Wesen der Codification, dass sie nicht für alle Zukunft die im Leben selbst sich herausbildenden Rechtsverhältnisse voraussehen und ordnen kann“. Die Zwölftafelgesetze werden also als das erste corpus juris Romani (Lange a. a. O. S. 538) betrachtet, welcher Codex aber als solcher nicht lange genügen konnte. Allein der Gedanke, in der Zeit des werdenden Rechtes das wechselnde Leben von vornherein zu normiren und zwingenden Regeln zu unterwerfen, war den römischen

---

13) Röm. Gesch. I. S. 284. — 14) Röm. Alterthümer I. Bd. 2. Aufl. S. 541.

Juristen nicht bloss der Republik, sondern sogar noch der Kaiserzeit völlig fremd. Es lässt sich fragen, wie es sogar mit unseren Codices juris civilis aussehen würde, wenn uns Justinians Corpus juris nicht erhalten worden wäre, da es nachträglich sich doch herausstellt, dass auch wir zu früh codificirt hatten.

Der Bericht des Pomponius über die Rechtsentwicklung der ältesten Zeit.

§. 13. Ich habe schon oben bemerkt, dass den späteren römischen Juristen die Kenntniss des alten staatsrechtlichen Institutes der Interpretation abhanden gekommen war, und dass dieses Abhandenkommen ihnen die Einsicht in die Natur der ältesten Actionen erschwerte. Die Zweifel der späteren Juristen über den Bezeichnungsgrund der legis actiones und ihre Natur habe ich oben darauf zurückgeführt. Einen weiteren Beleg für meine Behauptung finde ich bei Gaius IV. 30: „Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt; namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc jura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset litem perderet," wofür Gaius das oben besprochene Beispiel der actio de arboribus succisis anführt. Der Grund, welchen Gaius hier für die Beseitigung der Legis actiones angibt, verräth ein völliges Verkennen der Natur der legis actio, weil es selbstverständlich ist, dass, wenn ihre Worte Gesetzesworte waren, sie zu ändern, ausser dem Gesetzgeber, Niemand die Macht hatte. Dazu kommt noch, dass die Lex XII tab. das Grundgesetz des römischen Volkes war, die Actionen aber in diesem Grundgesetz wurzelten. Dass der Wortlaut dieser Actionen strenge gefordert wurde, ist gerade ein sehr sprechender Beweis für die richtige Auffassung dieser Actionen durch die älteren Juristen. Wer wird heutzutage am strengen Formalismus unseres gesetzlichen Wechselrechtes Anstoss nehmen, und die Fälle registriren, in welchen die nimia subtilitas zur Sachfälligkeit führt. Sind doch sogar aus dem Gebiete des materiellen Civilrechts Beispiele vorhanden, die sich als solche nimia subtilitas qualificiren liessen, z. B. das Versetzen eines Unterscheidungszeichens durch ein besondres Gesetz. Dass diejenigen, welche die nimia subtilitas an der legis actio tadelten, mit ihrem Tadel nicht die legis actio als solche, sondern das streng formelle Princip dieses Processes trafen, welches im s. g. Formularprocess so gut wie früher fortbestand [1]), das folgt daraus, dass der nämliche Tadel

1) Vgl. Ihering, Geist II, 2. S. 626, 628.

in der Zeit, in welcher man auch die Wesenheit des Formularprocesses nicht mehr kannte, auch diesen früher gerühmten Process traf [2]).

Wie nun aus der Unkenntniss des staatsrechtlichen Institutes der Interpretation das Missverständniss der legis actio und des Verfahrens derjenigen entsprang, welche sie handhabten, so beginnt auch die Verwirrung des Textes und der Widerspruch der Darlegung im Titulus de origine juris gerade an der Stelle, wo zuerst das staatsrechtliche Institut der Interpretation erwähnt wird, nämlich im §. 5. Die verschiedenen Lesearten der Handschriften und Herausgeber sind bei Sanio [3]) zusammengestellt, den Text des §. 5 aber gibt Mommsen [4]) so: His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessariam esse disputatione fori. Zu erwähnen ist, dass Mommsen in der Note die Leseart „disputationem" mit einem Fragezeichen anführt und dass die Einschaltung ihm angehört. Aus Gründen, die ich alsogleich angeben werde, glaube ich diese Stelle so lesen zu müssen: His legibus latis coepit, ut naturaliter evenire solet, interpretatio desiderare prudentium auctoritatem necessariamque disputationem fori.

Das erste „ut" leitet einen parenthetischen Satz ein und hat somit die gewöhnliche Bedeutung „wie", so dass dieser Satz sich auf die Worte: ut naturaliter evenire solet, beschränkt. Von diesem parenthetischen Satz kann also syntactisch nichts weiteres abhängen. Das zweite „ut" aber lässt sich weder mit „coepit" verbinden, weil die Möglichkeit einer solchen Construction erst nachzuweisen wäre, — bisher ist sie sowohl vom Standpunkt der lateinischen als der griechischen Grammatik unbekannt —, noch kann es zu evenire gehören, weil wie bemerkt, der Satz: ut - evenire solet" ein parenthetischer ist. Es bleibt also nichts andres übrig, als dieses zweite „ut" für ein störendes Einschiebsel zu halten, zu dem sich eine unberufene Hand durch das vorausgehende evenire verleiten liess, weil in Fällen, wo von evenire solet wirklich ein Satz abhängig wird, ein Folgesatz mit ut eingeleitet wird. Lässt man nun dieses „ut" weg, so muss an die Stelle des von ihm abhängig gemachten

---

2) L. 1. C. de form. sublat. (2, 57) (342): juris formulae aucupatione syllabarum insidiantes. L. 15. C. de testam. (6, 23) (339): quoniam indignum est ob inanem observationem. L. 9. C. qui admitti ad B. Poss. p (6, 9): verborum inanium observationem excludimus captiones. L. 17. C. de jure delib. (6, 30) (407): Actionum scrupulosam solennitatem amputari decernimus. Ihering, Geist II. 2 S. 456 Note 647.

3) a. a. O. S. 170 Note 257. — 4) Digesta, Berolini 1868 p. 4.

Imperfectum „desideraret“ ein von coepit abhängiger Infinitiv desiderare treten, dann aber erhält dieser Satz nicht nur seine der lateinischen Sprache entsprechende Construction, sondern auch seinen Sinn wieder: His legibus latis coepit — interpretatio desiderare. Das Object des Verbums desiderare enthalten die Accusative: auctoritatem necessariamque disputationem fori. Das Referat über diese bekanntlich schon in der Ausgabe des Corpus juris von Beck aufgenommenen Leseart findet sich bei Sanio a. a. O.

Was nun die Uebersetzung und Auslegung dieser Stelle in der von mir angenommenen Fassung betrifft, so ist es vorerst bekannt, dass der parenthetische Satz, ut naturaliter evenire solet, sich auch adverbiell mit „natürlich, selbstverständlich“ wiedergeben lässt. Weiter heisst „aliquid desiderare“ etwas „vermissen“, folglich auch „etwas als eigenes Bedürfniss empfinden“. Weil ferner hier der interpretatio eine Thätigkeit zugeschrieben wird, welche als solche sonst nur belebten Wesen zukommt, so liegt auch hier jener gewöhnliche Sprachgebrauch der späteren Zeiten vor, wonach statt eines Concretum ein Abstractum als Personification gesetzt wird, wesshalb hier das Abstractum „interpretatio“ durch das Concretum „interpretes“ auszulegen ist. Der erste Satz des §. 5 gibt also in dieser Fassung und nach dieser Auslegung den ganz entsprechenden Sinn: „Nachdem die Zwölftafelgesetze gegeben worden waren, fingen ihre Interpretes an, die auctoritas der prudentes und die disputatio fori als ihr eigenes Bedürfniss zu empfinden“, womit nur gesagt wird, dass die Interpretes der Zwölftafelgesetze bei ihrer Thätigkeit natürlich bald auch die auctoritas prudentium und die disputatio fori zu berücksichtigen anfingen. Ich brauche wohl kaum zu bemerken, dass die necessaria fori disputatio nichts anderes ist als „die bei der gerichtlichen Praxis unvermeidliche Erörterung concreter Fälle“, wie auch unter der auctoritas der prudentes dieser Zeit nur die Rechtsüberzeugungen der „Gebildeten“ verstanden werden können, weil prudens bekanntlich auch diese allgemeine Bedeutung hat. Auf das in dieser Stelle Gesagte muss die Angabe gefolgt sein, dass die Interpretation den Pontifices zustand, und dass diese auch die legis actiones aus den Zwölftafelgesetzen componirt hatten. Auf das, was wir jetzt im §. 5 als ersten Satz lesen, muss sich bei Varro das unmittelbar angeschlossen haben, was uns jetzt im §. 6 angedeutet, aber, wie ich schon gezeigt habe, ebenfalls durch Einschiebung der Worte „scientia interpretandi statt „interpretatio“ entstellt ist. Dafür ist nun im §. 5 als zweiter Satz eine Bemerkung eingeschoben, welche deutlich zeigt, dass sie Varro gewiss nicht angehört. Ich finde es nicht einmal wahrschein-

lich, dass diese Bemerkung Pomponius gemacht hatte, sondern dass sie von den Compilatoren Justinians herrührt. Während nämlich in dem, was vorangeht und folgt, der Ton der Erzählung eingehalten ist, wie sich das älteste römische Civilrecht entwickelt hatte, spricht das Einschiebsel des §. 5 auf einmal die Sprache der Gegenwart, und verräth dadurch, dass das darin Gesagte nicht der Vergangenheit, sondern jener Zeit angehört, in welcher der Urheber dieses Einschiebsels lebte: Haec disputatio et hoc jus, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria aliqua parte non appellatur, ut ceterae partes juris suis nominibus designantur, sed communi nomine appellatur jus civile. Man beachte die Ausdrücke „venit compositum, designatur, appellatur". Varro entnahm seine Angaben den Schriften des Sextus Aelius, dieser aber gebrauchte für das, was hier mit Anklang an den sehr späten Gegensatz von jus (wissenschaftliches Recht), und leges (Constitutionen der Kaiser) jus civile genannt wird, die technische Bezeichnung „interpretatio". Varro konnte also gar nicht sagen: propria aliqua parte non appellatur. Ja auch Pomponius konnte nicht so gesprochen haben, wie dies der §. 38 zeigt. Noch mehr; im zweiten Satze des §. 5 wird plötzlich der Begriff der Interpretatio ein anderer; er hört auf das zu sein, was er früher war, ein für das Concretum gesetztes Abstractum, sondern es wird da die Interpretatio sogar mit dem identificirt, was vorher ein Object des desiderare war, nämlich mit der auctoritas prudentum und der disputatio fori. Dass aber dies ein Irrthum ist, welcher Varro gewiss nicht, wahrscheinlich aber auch nicht Pomponius angehört, das folgt aus dem, was im §. 47 vom Kaiser Augustus erzählt wird und wahrscheinlich dieses Einschiebsel veranlasste: Ante tempora Augusti publice respondendi jus non a principibus dabatur, sed qui fiduciam habebant, consulentibus respondebant. Neque responsa utique signata dabant, sed plerumque judicibus ipsi scribebant, aut testabantur, qui illos consulebant. Primus divus Augustus, ut major juris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate ejus responderent, et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. vgl. Gaius I, 7. Das jus respondendi, von welchem diese Stelle spricht, ist ein sehr beschränktes jus interpretandi, wie dasselbe bei der bedeutenden Entwicklung des Civilrechts zur Zeit des Kaisers Augustus nicht anders sein konnte. Dieses jus interpretandi wird in unserer Stelle als ein auf der Auctorität des Princeps, also auf der publica auctoritas beruhendes bezeichnet und jener Interpretatio entgegengesetzt, welche in früherer Zeit thätig war, aber nur auf der privaten auctoritas der damaligen juris consulti beruhte. Die

auctoritas dieser privaten juris consulti ist aber eben jene auctoritas prudentium, welche im zweiten Satz des §. 5 mit der Interpretatio der XII Tafelgesetze identificirt wird, folglich haben der zweite Satz des §. 5 und der §. 47 einen inneren Zusammenhang, weil im letzteren gesagt wird, dass vor Kaiser August keine auf der publica auctoritas beruhende Interpretation, sondern nur eine Interpretation privater Juristen bestand, welche keinen besonderen technischen Namen hatte, und nur mit dem Namen „jus civile" bezeichnet wurde. Weil aber im zweiten Satze des §. 5 die disputatio fori und die auctoritas prudentium mit dem jus civile identificirt werden, und die Pontifices doch nicht als „disputantes in foro" betrachtet werden können, so sind unter den prudentes dieser Stelle nicht die Pontifices, sondern andre juristische Celebritäten ohne auctoritas publica zu verstehen. Damit aber ist deutlich ausgesprochen, dass im zweiten Satze des §. 5 die wissenschaftliche Jurisprudenz, welche erst in der letzten Periode des republ. Civilrechts massgebend wurde, schon in die Zeit der Decemviralgesetzgebung versetzt wird. Nach dem Urheber des zweiten Satzes des §. 5 hatten die Pontifices in dieser Zeit auf die Rechtsentwicklung keinen entscheidenden Einfluss ausgeübt, sondern vielmehr die juristischen Celebritäten des Privatlebens und die disputatio fori; nach dem darauf folgenden §. 6 hingegen sind die Pontifices mit dem jus interpretandi betraut, die Gesetzgeber des Civilprocesses, und der Delegirte des Pontifical-Collegiums führt sogar die Vorstandschaft in den Civilgerichten. Die Stellung der Pontifices war aber den späteren Juristen nur aus Varros Schriften bekannt (Sanio a. a. O.), wesshalb das im §. 6 Gesagte vollkommen glaubwürdig ist. Da nun der zweite Satz des §. 5 mit §. 6 in einem directen Widerspruch steht, und eine Erscheinung des römischen Lebens der späteren Zeit irrthümlich in die Zeit der Decemviralgesetzgebung versetzt wird, so vermag ich diesem zweiten Theile des §. 5 keinen Glauben zu schenken. Es liegt aber sogar die Quelle des Irrthums nahe. Die Nachricht des §. 47 begünstigt die Annahme, dass es vor Kaiser Augustus keine auf der auctoritas publica beruhende Interpretation gab. Aus dieser Annahme musste nun gefolgert werden, dass früher die Rechtsentwicklung der Jurisprudenz der Privaten gerade so überlassen war, wie später jener der autorisirten Juristen. Diese Ansicht, welche das römische Civilrecht dem Zufalle überlässt, ist ganz geeignet, die Ursachen der Vollendung dieses Rechtes zu verdecken, indem sie seine organische Entwicklung völlig unbegreiflich macht. Die obersten Grundgesetze waren eben erst aufgestellt worden: nun soll die Durchführung derselben nicht dem besonderen, dazu au-

torisirten, schon ständigen Organ, sondern juristischen Dilettanten überlassen worden sein, und aus der natürlichen Divergenz ihrer Meinungen soll der Organismus des Rechtes und die Einheit der Rechtspflege hervorgegangen sein. Auch setzt diese Ansicht voraus, dass die jährlich wechselnden Träger der Gerichtsbarkeit sich diesen Dilettanten stets und gutwillig fügten; für mehr aber als für Dilettanten können die privaten Juristen dieser Zeit darum nicht angesehen werden, weil noch das um das Jahr 450 d. St. veröffentlichte jus Flavianum keine wissenschaftliche Arbeit war.

Es ist zwar wahr, was der §. 47 angibt, dass vor Kaiser August kein privater Jurist das jus interpretandi hatte, allein daraus liess sich nicht folgern, dass ein jus interpretandi vor Kaiser August überhaupt nicht bestand, weil die custodia juris civilis vom König auf den Pontifex Maximus und sein Collegium, von diesem auf den Prätor urbanus, und erst von diesem auf den Princeps übergegangen war. Gerade weil der Princeps die potestas juris civilis interpretandi erhalten hatte, konnte er ausgezeichneten Privat-Juristen das jus respondendi so ertheilen, ut ex auctoritate ejus responderent. Es hatte also seinen guten Grund, dass die römischen Kaiser durch Decrete und Rescripte auf die Rechtsentwicklung einen besonderen Einfluss ausübten, die juristischen Grössen in ihren Beirath aufnahmen, und dass noch Justinian die Interpretation als der kaiserlichen Auctorität ausschliesslich vorbehalten erklärt [5]).

Wenn ich nun den §. 5 in der Fassung, welche mir sprachlich und sachlich allein gerechtfertigt erscheint, unter Verwerfung des zweiten Satzes mit dem §. 6 unmittelbar verbinde, so gewinne ich folgenden sachgemässen Zusammenhang: „Nachdem die Zwölftafelgesetze angenommen worden waren, fingen die Interpretes derselben an, die Rechtsüberzeugungen der Gebildeten (auctoritas prudentium) und die bei der gerichtlichen Praxis unvermeidliche Erörterung concreter Fälle (disputatio fori necessaria) bei ihrer Thätigkeit zu berücksichtigen", damit aber ist bestätigt, was ich oben aus anderen Quellen dargelegt habe, dass nach römischer Anschauung als die rechtbildende Macht das wirkliche Leben mit seinen wechselnden Bedürfnissen betrachtet wurde, und dass das rechtsetzende Organ aus diesem lebendigen Quell schöpfte. Hierauf werden im §. 6 die Interpretes, ihre Befugnisse, ihre Wirksamkeit und die Dauer der letzteren näher bestimmt: — — Et ita eodem paene tempore tria haec jura nata sunt: leges duodecim tabularum; ex his fluere coe-

5) L. 2 §. 21 C. de vet. jure enucl. (1. 17).

pit jus civile; ex iisdem legis actiones compositae sunt. Omnium tamen harum et interpretatio (nicht interpretandi scientia!) et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis (judiciis); et fere populus annis centum hac consuetudine usus est.

Dem Pontifical-Collegium war also für das Gebiet des Civilrechts die ganze Ausführung auch der neuen republicanischen Grundgesetze übertragen, und weil dieses ständige rechtsetzende Organ mit den Bedürfnissen des Lebens in unmittelbarer Berührung sich erhalten musste, so musste jährlich ein anderes Mitglied des Collegiums diese Vermittlung übernehmen und die Vorstandschaft in den Civilgerichten führen. Das sind aber Nachrichten, die von einem tiefen Verständniss der Bedürfnisse der Civilrechtspflege ein laut redendes Zeugniss und zugleich die Erklärung geben, warum das römische Civilrecht eine so organische Entwicklung fand, und die Rechtsbildungen andrer Völker so sehr übertraf.

Das Civilrecht des Grundgesetzes, seine Eintheilung und Actionen. Unverletzlichkeit der Geschwornen. — Lex Pinaria.

§. 14. Bei dem Nachweis des von Livius bezeugten „immensus legum cumulus", welcher aus den Zwölftafelgesetzen hervorgegangen war, habe ich angegeben, dass die Gewohnheit keine selbstständige Rechtsquelle war; wird nun der Bericht des Pomponius über das Gebiet der civilrechtlichen potestas legum interpretandarum des Pontifex Maximus und seines Collegiums mit dem Berichte des Dionysius über die civilrechtlichen Prärogativen des Königs verglichen, so unterscheiden sich beide Berichte nur durch den unerheblichen Umstand von einander, dass Dionysius dem Könige die Bestimmung der Formen der Rechtsgeschäfte ausdrücklich zuspricht, Pomponius aber für das Pontifical-Collegium nur dadurch andeutet, dass er demselben die Ausführung der Grundgesetze im ganzen Gebiete des materiellen Civilrechts und des Processes zuerkennt. Als Ergebnisse der legalen Interpretation haben also die Formen der römischen Rechtsgeschäfte dieselbe gesetzliche Natur als die Klagformeln, woraus sich auch die sonst unbegreifliche Strenge erklärt, mit welcher auf ihre Einhaltung gesehen wurde. So wenig die formelle Natur der legis actio ohne die Einsicht in ihre gesetzliche Wesenheit richtig gewürdigt werden kann, so wenig lässt sich die formelle Natur der römischen Rechtsgeschäfte ohne Einsicht in ihre Gesetzlichkeit begreifen. Hier sind vor Allem die Formen für

die letzwilligen Erklärungen hervorzuheben, weil die testamentarische Erbfolge erst durch die Decemviralgesetzgebung eingeführt wurde, die Pontifices also die Formen der letztwilligen Erklärungen erst zu schaffen hatten. Eine Bestätigung dessen enthält die schon oben berührte Stelle des Pomponius (lib. V ad Mucium) in der L. 120 D. de V. S. 50,16: Verbis legis duodecim tabularum his: „Uti legassit suae rei, ita jus esto“ latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi; sed id interpretatione coangustatum est vel legibus (nicht legum!) vel auctoritate jura constituentium. Weil nämlich die Zwölftafeln ihrem Charakter gemäss für letztwillige Erklärungen nur das oberste Grundgesetz enthielten: „Uti legassit (pater familias) super (familia) pecunia tutelave suae rei, ita jus esto“, die Ausführung dieser allgemeinen Bestimmung, oder wie Pomponius sagt, die Einschränkung ihrer Allgemeinheit durch concrete Bestimmungen (coangustare) aber den Pontifices überlassen war, so hatten diese durch ihre in der Form der legalen Interpretation ausgeübte Legislation (legibus) auch die Formen der letztwilligen Erklärungen festzustellen, wozu sich später noch der Einfluss der interpretirenden Jurisprudenz [1]) gesellte (auctoritas jura constituentium). Ein solches Ergebniss der durch die Interpretation ausgeübten Legislation war das Mancipationstestament. Weil nämlich das angeführte Grundgesetz für die Formen des letzten Willens keine Bestimmung enthielt, ein formloser letzter Wille aber als wirkungslos betrachtet werden musste, so musste erst eine Form gefunden werden, in welcher jener Bestimmung des Gesetzes gemäss der letzte Wille wirksam werden konnte. Darum enthält die Formel der familiae mancipatio bei Gaius II, 104 die Clausel: quo tu jure (in Form Rechtens) testamentum facere possis secundum legem publicam. Die Formel der Testaments-Nuncupation wurde dagegen erst in jener Zeit bestimmt, in welcher bereits die Geheimhaltung des letzten Willens nothwendig geworden war, um Verbrechen vorzubeugen [2]).

1) Vgl. Cicero de orat. I. 45 §. 199.

2) Wie Adolf Schmidt (Recht der Notherben 1862 S. 7 Note 13) die so eben besprochene Stelle des Pomponius interpretirt, indem er unter den darin erwähnten leges die lex Furia testamentaria, Voconia, Falcidia versteht, müsste sie meines Erachtens vielmehr so lauten: sed id interpretatione coangustatum est et auctoritate vel legum vel jura constituentium. Wenn aber auch Gaius in II, 224 dieses oberste Grundgesetz citirt, um darzuthun, dass in Gemässheit desselben der Erblasser seine Erben bis zur Erschöpfung der Erbschaft mit Legaten belasten durfte, so interpretirt er diese lex eben nur vom Ge-

Wenn ich nun vom Standpunkte der hier gewonnenen Ergebnisse das aus der Decemviralgesetzgebung hervorgegangene Civilrecht klassificire, so gewinne ich:

I) Das unmittelbare Civilrecht der Lex, durch die grundgesetzlichen Bestimmungen der Zwölftafeln als Grundlage aller weiteren Rechtsentwicklung sicher gestellt;

II) Das mittelbare Civilrecht der Lex; oder das Civilrecht der Pontifices, von diesen in der Form der legalen Interpretation der Grundgesetze als Gesetzesrecht entwickelt, und zwar:
   1) als materielles Civilrecht des Grundgesetzes
   2) als formelles Civilrecht des Grundgesetzes, und zwar:
      a) als Formen der Rechtsgeschäfte,
      b) als Formen des Processes: daher Actionen der Lex = Legis actiones.

Weil eine eingehende Darlegung dieser unter Verwerthung der vorhandenen Klagformen ohnehin erst später zum definitiven Abschluss gebrachten Actionen an dieser Stelle die Darstellung der äusseren Geschichte unterbrechen, und eine solche Darlegung auch vielfach durch die äussere Geschichte derselben bedingt erscheint, so sehe ich mich genöthigt, diese Actionen erst an jener Stelle darzustellen, an welcher ich ihre innere Geschichte zu behandeln haben werde, und wo sich an ihre Darstellung sachgemäss auch ihre Reform durch den Prätor urbanus anschliessen wird. Hier mag es genügen, das anzugeben, was in den Bestimmungen des Grundge-

---

sichtspunkte der Grösse der Legate, wesshalb die lex Furia testamentaria, die lex Voconia und Falcidia zwar mit jener Stelle des Gaius in Zusammenhang gebracht, nicht aber mit den von Pomponius erwähnten leges identificirt werden dürfen. Es konnte weder die Ausführung des angegebenen obersten Grundgesetzes bis zu den Jahren 571, 585 und 714 d. St. unterbleiben, noch lassen sich die genannten späteren Gesetze als Ausführungsgesetze jenes obersten Grundgesetzes betrachten. Weil der Ablativ „interpretatione“ sich auf beide Satztheile (vel legibus vel auctoritate) bezieht, so schreibt Pomponius die ganze Entwicklung des von ihm angeführten obersten Grundgesetzes nur der legalen und doctrinellen Auslegung, nicht aber jenen späteren Gesetzen zu, welche jenes oberste Grundgesetz nicht entwickelten, sondern nur die Bestimmungen des bereits zur Entwicklung gelangten den Zeitbedürfnissen gemäss reformirten. Ein besonderes Interesse bietet hier die lex Furia testamentaria, weil sie zugleich einen Beweis enthält, welch heilige Scheu man noch in dieser Zeit empfand, ein oberstes Grundgesetz direct anzutasten. Man liess das Grundgesetz ganz unangetastet, umging aber dasselbe, indem man den Legatar, welcher einen höheren Betrag annahm, mit der Strafe des Vierfachen belegte. vgl. Ihering Geist II. 2. S. 451 Note 646.

setzes direct oder indirect für diese Actionen ausgesprochen war, oder inwiefern sich die Zwölftafelgesetze auch als Quellen dieser Actionen betrachten lassen. Als Minimum dessen, was die Zwölftafeln in dieser Beziehung direct oder indirect enthalten haben müssen, betrachte ich folgendes:

1) Die Unterscheidung der Rechtsverfolgung entweder unmittelbar gegen die obligirte Person (actiones in personam), oder unmittelbar gegen das Streitobject (actiones in rem). 2) Die Unterscheidung der actiones stricti und aequi juris. 3) Die Form der Willenseinigung der Parteien, sich dem judicium und seinen gesetzlichen Folgen zu unterwerfen, also den Contract als Fundament des judicium privatum, wodurch sich nebst vielem Anderen auch das Mass der Ingerenz des richterlichen Magistrats bestimmt. 4) Die absolute Gleichstellung der Parteien im Processe und die unbeschränkte Freiheit derselben im Angriff und in der Vertheidigung. 5) Für Klagen auf ein von vornherein völlig bestimmtes Streitobject die Bestimmung der gesetzlichen poena temere litigantium, als Gegensatz der Klagen auf ein in irgend einer Beziehung noch unbestimmtes, also erst zu bestimmendes Streitobject. 6) Die Unterscheidung der lites oder der Rechtsstreitigkeiten und der jurgia oder der friedlichen Auseinandersetzungen. 7) Die Bestimmung der Competenz der Einzelgeschwornen und Geschwornen-Decurien, und der Rechtssachen, welche auch der richterliche Magistrat selbst sollte entscheiden dürfen. (vgl. Gellius XI, 18, §. 8).

Die unter 1—6 angeführten Unterscheidungen sind einerseits an sich verständlich, anderseits werden sie noch unten ihre nähere Begründung finden; die unter 7) angegebene Bestimmung enthält hingegen eine bisher nicht ausgesprochene Behauptung, und muss somit schon an dieser Stelle begründet werden.

Dass die Zwölftafelgetze auch diese Competenzverhältnisse normirten, folgere ich vorerst aus dem Ausdruck, welchen der oben erwähnte auctor incertus Huschke's pag. 2 über die von den Decemvirn hinsichtlich der judicia zu lösende Aufgabe gebraucht: Decemviri — judiciorum ferendorum (causa) constituti; dann aus der Erwähnung des judex und arbiter im Zwölftafelgesetz[3]), endlich daraus, dass die unmittelbar nach dem Sturze der Decemvirn gegebene lex Valeria Horatia die verfassungsmässigen Einzelgeschwornen und Geschwornen-Decurien durch Androhung der Strafe der

3) Tab. II. fragm. 2: Quid horum fuit vitium judici arbitrove. — Gellius XX, 1, §. 7: Nisi duram esse legem putas, quae judicem arbitrumve — capite punit

Sacertät vor jeglicher Verletzung schützt. Weil aber auch die Stelle bei Livius III, 55, welche diese lex Valeria Horatia berührt, sehr bestritten ist, so habe ich hier diese meine Auslegung der erwähnten Stelle in Kürze zu rechtfertigen.

Huschke[4]) liest bei Livius III, 55: Consules — L. Valerius M. Horatius — cum religione inviolatos (scil. tribunos plebis) tum lege etiam fecerunt sanciendo, ut qui tribunis plebis, aedilibus, judicibus decemviris nocuisset, ejus caput Jovi sacrum esset, familia ad aedem Cereris, Liberi Liberaeque venum iret. Huschke versteht nun unter den hier erwähnten judices decemviri die richterlichen magistratus minores, nämlich die decemviri litibus judicandis. Diese Auffassung ist jetzt die herrschende[5]). Der Grund, warum ich dieser Auslegung nicht beistimmen kann, ist der, dass die Mehrheit der römischen Juristen unter den judices der lex Valeria Horatia mit Recht nur die Einzelgeschwornen, also mit Ausschluss der Consuln und Prätoren, unter den da erwähnten Decemvirn aber die Geschwornen-Decurien verstand, und nur einige Juristen unter den da genannten judices Einzelrichter überhaupt, also mit Einschluss der Consuln und Prätoren in ihrer Eigenschaft als Träger der Jurisdiction oder als judices, begriffen wissen wollten. Dass aber nur die Interpretation der Mehrheit richtig war, das folgt einerseits aus dem Zweck der lex Valeria Horatia, welche nicht zum Schutze des Imperiums, also nicht zum Schutze der Consuln, der tribuni militares consulari potestate, der späteren Praetoren und ihrer Gehilfen, sondern gerade gegen den Missbrauch des Imperiums (Process der Verginia) gegeben worden war; anderseits aus dem, was Livius selbst über die bestittene Interpretation dieses Gesetzes in III, 55 bemerkt: Fuere, qui interpretarentur, eadem lege Horatia consulibus et praetoribus — cautum esse; judicem enim consulem appellari. Quae refellitur interpretatio, quod his temporibus nondum consulem judicem sed praetorem appellari mos fuerat. Es war also bestritten, ob die lex Valeria Horatia die Unverletzlichkeit auch den Consuln und Prätoren verliehen habe. Es braucht nun wohl kaum bemerkt zu werden, dass jene Wenigen, welche diese Frage bejahten, diese Unverletzlichkeit den Consuln nicht in ihrer Eigenschaft als politische Vorstände (praetores), sondern nur in ihrer Eigenschaft als Träger der Jurisdiction (= judices) zuerkannten, weshalb die Einwend-

4) Verfass. des Serv. Tullius S. 593 u. 607.

5) Weissenborn und Hertz in ihren Ausgaben des Livius; Lange, Röm. Alterth. I. S. 722; Mommsen, Röm. Geschichte I. S. 275.

ung des Livius nicht zutreffend ist. Nun aber steht es fest, 1) dass die Consuln ihre Jurisdiction stets jeder für sich, und niemals collegialisch ausübten; 2) dass Varro und Cicero von den Decemvirn als von einem Geschwornen-Collegium sprechen[6]); und 3) dass dieses Geschwornen-Collegium nur eine Geschwornen-Decurie der Centumvirn sein kann, weil Cicero die Competenz in Statusklagen im Allgemeinen den Centumvirn (de orat. I. 38), im Besondern aber (pro Caecina c. 33, pro domo 29) den Decemvirn zuschreibt. Die lex Valeria Horatia konnte also von Centumvirn gar nicht sprechen, weil diese ihre richterliche Thätigkeit nur als Geschwornen-Decurien ausübten, eine Einrichtung, welche Sulla auch für den Criminalprocess einführte[7]), M. Aurelius Cotta aber dahin modificirte, dass er zu den zehn Decurien der Senatoren noch zehn Decurien der Ritter und zehn Decurien der Aerar-Tribunen hinzufügte, für jeden Process aber aus jedem Stande Eine Decurie bestimmte[8]). In dem Erbschaftsprocesse des Siculer's Heraclius bestand das Geschwornen-Collegium aus fünf Mitgliedern[9]).

Wenn also, wie Livius bezeugt, die Frage bestand, ob unter den „judices“ der lex Valeria Horatia auch die Consuln (als Träger der Jurisdiction oder judices) zu verstehen seien, so konnte die Mehrheit nur Einzelgeschworne, die Minderheit nur Einzelrichter im allgemeinen Sinne dieses Wortes verstehen. Es musste also ebenso die Mehrheit als die Minderheit die judices dieser lex von den Decemviri getrennt, und judicibus, decemviris gelesen haben. Ohne diese Trennung der Judices von den Geschwornen-Decurien hätte ja diese Frage gar nicht entstehen können. Allein dieselbe hätte auch nicht aufgeworfen werden können, wenn, wie jetzt angenommen ist, unter den judices dieser lex jene später eingesetzten und den quaesitores oder judices quaestionis im Criminalprocess[10]) entsprechenden, richterlichen magistratus minores verstanden worden wären, weil nach dem Zeugnisse des Livius auch in diesem Falle der Streit sich nur auf die Auslegung des Wortes „judex“ bezogen hätte, kein Römer aber unter dem judex decemvir auch

6) Varro L. L. IX, 85: judicium decemvirum; Cicero pro Caecina 33 und pro domo 29: Decemviri sacramentum injustum judicaverunt, — injustum judicassent.

7) Zumpt, Crim. R. II. 2. S. 502. — 8) Zumpt, a. a. O. II. 2. S. 202 fg.

9) Cicero in Verrem II. lib. 2. c. 16 §. 39: Negavit (scil. Verres) se judices e lege Rupilia sortiturum: quinque judices, quos commodum ips fuit, dedit.

10) Zumpt, a. a. O. II. 2. S. 137 fg. und 168 fg.

den Consul verstehen, und somit die Consuln unter die magistratus minores zählen konnte Ich kann also unter den judices der lex Valeria Horatia nur Einzelgeschworne, unter den Decemviri nur Geschwornen-Decurien verstehen, und muss von diesen Decemviri die Magistrate gleichen Namens unterscheiden, welche später zur Leitung dieser Geschwornen-Decurien vom Volke eingesetzt und gewählt wurden, als Leiter der Decurien aber natürlich kein Collegium bildeten, sondern jeder für sich fungirten. Gegen die Ansicht, dass den Decemviris litibus judicandis die Statusklagen zustanden, welche sie collegialisch entschieden hätten, hat sich jetzt auch Kuntze erklärt[11]). Bethmann-Hollweg[12]) liest zwar auch judicibus, decemviris, versteht aber mit Niebuhr[13]) unter den judices die Centumvirn, und vermuthet, dass die Bestellung des judex unus für bestimmte Rechtssachen die von ihm erst in das Jahr 322 d. St. gesetzte lex Pinaria dem Prätor zur Pflicht gemacht habe[14]). Die erwähnte Ansicht Niebuhrs widerlegt sich ebenfalls dadurch, dass, wenn die Römer unter den judices der lex Valeria Horatia die Centumvirn verstanden, es gewiss Niemanden einfallen konnte, die Consuln unter die Centumvirn zu rechnen, und die obige Frage aufzuwerfen. Wenn nun das Gesagte richtig ist, so kann auch nicht die lex Pinaria die Competenz der Einzelgeschwornen normirt haben. Da aber die lex Pinaria nur von Gaius in IV, 15 erwähnt wird, und dieser in seinen Institutionen, ja sogar auch in seinem Berichte über die Actionen des Grundgesetzes nirgends hinter die Decemviralgesetzgebung zurückgreift, so kann dieses Gesetz nicht mit Huschke, Mommsen, Rudorff u. A. in das Jahr 282 d. St. gesetzt, sondern es muss mit Bethmann-Hollweg in die Zeit nach der Decemviralgesetzgebung verlegt werden. Ist dieses Gesetz aber in die Zeit nach der Decemviralgesetzgebung zu verlegen, dann kann es auch nicht mit der Einführung des judex unus in Zusammenhang gebracht werden, welchen schon das Zwölftafelgesetz und die lex Valeria Horatia kennt, sondern es muss etwas anderes verfügt haben. Wie nun die lückenhafte Stelle bei Gaius IV, 15 noch deutlich erkennen lässt, und wie diese Lücke auch Mommsen[15]) und Böcking[16]) ausfüllen, so bezog sich die lex Pinaria auf den „dies, quo litigatores ad judicem accipiundum adessent". Vielleicht gehört dieses Gesetz in das Jahr 408

---

11) Excurs S. 96 fg. vgl. auch Zumpt. a. a. O. II. 2. S. 23.
12) Civilprocess I. S. 59.
13) Römische Gesch. I. S. 472.
14) a. a. O. S. 65.
15) Chronologie S. 238.
16) Gaius, edit. 5. 1866.

d. St., in welchem ein Prätor L. Pinarius erwähnt wird[17]). Die lex Pinaria hatte also, wie ich unten weiter zu zeigen haben werde, den Parteien nur das Recht gewährt, eine Vereinbarung über den erwähnten dies zu treffen oder ihn gemeinsam zu bestimmen (= condicere); sie hatte also jenen Act der legis actio in personam stricti juris in jus composita per sacramentum begründet, welcher (diei) condictio hiess, und fortan auch zur Bezeichnung dieser legis-actio diente[18]).

Vorbemerkungen zur Bestimmung des Endes der verfassungsmässigen Wirksamkeit der Pontifices in der Civilrechtspflege.

§. 15. Ich gelange zur Besprechung der letzten Bemerkung des Pomponius im §. 6 (a. a. O.): Et fere populus annis (prope) centum hac consuetudine usus est. Weil fere „ungefähr", prope „nahezu" bedeutet, so schliessen sie sich gegenseitig aus. Ich halte das „prope" für ein Einschiebsel. Diese Angabe des Pomponius hat Leist[1]) dahin interpretirt, dass die Zeitangabe desselben mit der Errichtung der Prätur im Jahre 387 d. St. zusammenfalle, und dass somit die Veränderung, von welcher hier die Rede ist, auf die Einführung der Prätur zu beziehen sei. Die Pontifices seien nämlich die juris periti dieser Zeit gewesen, denen die interpretandi scientia zustand, welche durch die Anerkennung in den Gerichten aufrecht erhalten worden sei. Die Pontifices hätten also die Rechtsweisung (juris dictio) ausgeübt, welche dann bei der Errichtung der Prätur mit dem Imperium des Prätors vereinigt worden sei und das imperium mixtum gebildet habe. Nach der Zwölftafelgesetzgebung sei nämlich ein Jahrhundert hindurch aus dem Collegium der Pontifices jährlich Einer gewählt worden, welcher, so lange dem Consul die juris dictio nicht zustand, der Abfassung der Klagformeln vorstand, allein dieser Pontifex sei kein Magistrat gewesen, sondern sei vielmehr unter der Auctorität des Consuls oder der Militärtribunen gestanden. Als nun die Abfassung der Klagformulare an den Prätor übergegangen hätte derselbe in seinem Album auch die Legis actiones aufgestellt, und diese hätten den ersten Theil seines Edictes gebildet. Dieser Ansicht hat der Hauptsache nach auch Rudorff[2])

---

17) Lange, Alterth. I. S. 660.

18) Ueber das hohe Alter des Ausdrucks condicere und seinen Gebrauch im Fetial- und Sacralrecht z. s. Adolf Schmidt: de orig. leg. act. pag. 40.

1) Geschichte der röm. Rechtssyst. S. 6, 7, 8, 10, 12, 18, 81, 82.

2) R.G. I. S. 147.

sich angeschlossen, während Ihering[3]) dem neu bestellten Prätor keine grössere Macht zuerkennt, als welche früher der Consul als judex hatte, und Bethmann-Hollweg[4]) die Beschränkung des Einflusses der Pontifices der Veröffentlichung der Legisactiones durch Gn. Flavius im J. 450 d. St. zuschreibt, und auch die Aufstellung der Legisactiones im prätorischen Edict läugnet.

Ueber die staatsrechtliche Stellung des Pontifex Maximus und seines Collegium's habe ich hier nicht mehr zu sprechen; was ich hier noch zu erörtern habe, beschränkt sich darauf, 1) ob unter der von Pomponius erwähnten consuetudo nur das Delegiren eines Pontifex zu verstehen sei; 2) ob bei der Errichtung der Prätur das Amt des delegirten Pontifex wirklich mit dem Imperium des Prätors vereinigt wurde; 3) ob unter dem imperium mixtum wirklich das von Leist Angegebene zu verstehen sei, und 4) ob der Prätor in seinem Edicte die Legisactionen proponirt habe.

Unter der „consuetudo" des Pomponius kann ich nicht mit Leist bloss das Delegiren eines Pontifex verstehen. Das folgt daraus, dass das von mir nachgewiesene staatsrechtliche Institut der Interpretation eine völlige Trennung des rechtssetzenden Organs vom Richteramte nicht gestattete. Für mich erhält also diese Frage nur den Inhalt, ob die civilrechtliche potestas legum interpretandarum des Pontifex Maximus und somit auch die Vorstandschaft des delegirten Pontifex in den Civilgerichten schon bei der Errichtung der praetura urbana auf den Prätor übertragen wurde.

Bei der Beantwortung dieser Frage habe ich vorerst die Thatsache zu betonen, dass die Errichtung der städtischen Prätur nur auf Grund eines hart erreichten Compromisses zwischen den Patriciern und Plebejern zu Stande kam, welches dahin ging, dass von den Patriciern den Plebejern zugestanden wurde, ut alter consul utique ex plebe fieret (Livius VI, 37), von den Plebejern aber die Trennung der streitigen Gerichtsbarkeit von dem Imperium des Consuls bewilligt wurde: de praetore uno, qui jus in urbe diceret (Livius VI, 42), d. h. die provincia oder der Geschäftskreis des neuen richterlichen Magistrats soll auf die Stadt und ihre Bannmeile beschränkt bleiben. Die Patricier waren also in dieser Zeit noch nicht zu bewegen, den Plebejern einen Antheil an der Stadt-Gerichtsbarkeit zu gewähren, wie dies schon Niebuhr[5]) als ein mitwirkendes Motiv für die Errichtung einer besonderen richterlichen Magistratur bezeichnet hat. Nun sollen die Patricier ihr wichtigstes Pri-

3) Geist II. 2, S. 388.
4) Civilpr. I. S. 49, Note 3.
5) Röm. Gesch. III S. 37.

vilegium, die alte königliche potestas legum interpretandarum, aus seinem sichersten Repositorium, dem Pontifical-Collegium, hervorgeholt, und dasselbe mit der neu errichteten Magistratur vereinigt haben, von der sie sicher vorhersehen konnten, dass sie bald von demselben Schicksal wie das Consulat betroffen werden würde. Sie wären von Sinnen gewesen, wenn sie die neu errichtete Magistratur recht werthvoll gemacht, und die potestas legum interpretandarum als Prämie für die baldige Eroberung auch dieser Magistratur ausgesetzt hätten. Diese Annahme widerstreitet aber zugleich allen Traditionen der Politik der Patricier, welche bekanntlich kein Sonderrecht früher aufgaben, als nachdem es für sie bereits thatsächlich unwirksam geworden war. Eine Nachgiebigkeit in dieser Beziehung lässt sich also von Seite der Patricier erst dann annehmen, als auch dieses ihr Privilegium thatsächlich unwirksam geworden war, nämlich in jener Zeit, in welcher die Plebejer nach Eroberung der Prätur sich auch die Theilnahme am Pontificat erzwungen hatten.

Gegen die Zeitbestimmung Leist's sprechen aber auch positive Nachrichten. Wenn nämlich Livius (IX, 46) berichtet, dass Gn. Flavius im Jahre 450 d. St. das jus civile zuerst der Oeffentlichkeit übergab, und dass dieses bis dahin „in penetralibus pontificum repositum" war, so müssen die Pontifices ihren Einfluss auf das jus civile noch im Jahre 450 d. St. ausgeübt haben, und der delegirte Pontifex muss noch in diesem Jahre dem Prätor als der eigentliche Gerichtsherr gegenüber gestanden sein. Wenn ferner der Prätor die Legisactionen schon seit dem Jahre 388 d. St. proponirte, wie kommt es dann, dass sie sich noch im Jahre 450 d. St. der Disposition desselben entziehen und noch immer im Archive der Pontifices befinden, zumal die Stadtprätur schon im Jahre 417 d. St. auch den Plebejern zugänglich geworden war, und dieses Amt schon im nämlichen Jahre der Plebejer G. Publius Philo bekleidet hatte? Wenn dieser plebeische Prätor urbanus mit den Legisactionen verfügen konnte, warum hatte er das von den Plebejern angeblich so sehr gewürdigte Verdienst der Veröffentlichung der Legisactionen dem Scriba des Patriciers Appius Claudius Caecus überlassen? Allein, wie es sich von selbst versteht, Leist hat es selbst gefühlt, dass jene Jurisdiction, welche er gleich bei der Errichtung der Stadtprätur an den Prätor übertragen werden lässt, erst in späterer Zeit wirksam zu werden begann, und er hätte wohl selbst diese ihre Uebertragung in eine spätere Zeit verlegt, wenn ihn nicht die herrschende Ansicht daran gehindert hätte, welche das imperium mixtum schon dem ersten Prätor zuerkennt, und das prätorische Recht aus diesem

ursprünglichen Imperium des richterlichen Magistrats hervorgehen lässt. Leist bemerkt (S. 18, 19) nämlich: „Und auch in der nächsten Folgezeit, so lange, wie Livius sagt, das jus civile in penetralibus pontificum repositum war, können wir uns den Prätor nicht frei von ihrem (der Pontifices) Einflusse denken. Mag übrigens dieser im Genaueren wie immer beschaffen gewesen sein, jedenfalls finden wir in den römischen Quellen gleichmässig die Ansicht, dass erst durch Flavius der Einfluss der Pontifices auf die Handhabung des jus civile verschwunden, als dessen custos nun unabhängig der Prätor auftrat. Diesem sei die gesammte Jurisdiction übertragen, von ihm müsse jeder Einzelne die Anerkennung seiner Rechte fordern, er sei es also, bei dem die Actiones angebracht und nach dem die unabänderlichen Legisactiones bemessen werden müssen". Also Leist hebt selbst hervor, dass die Jurisdictio in dem Sinne, in welchem er sie bestimmt, und an den Prätor urbanus übertragen werden lässt, erst nach dem Jahre 450 wirksam zu werden begann. Allein die Folgerung der alten Berichterstatter: „post hoc, ergo propter hoc" erweist sich auch hier als ein Fehlschluss. Nicht Flavius, der Scriba, hat den Einfluss der Pontifices zerstört, und jenen des Prätors so sehr erhöht, — der Prätor kannte doch wohl auch vor Flavius das jus civile und seine eigenen Machtbefugnisse —, sondern ein wichtiges Verfassungsgesetz, welches nicht lange nach 450 gegeben wurde, und welches wegen seiner Wichtigkeit trotz seines hohen Alters noch den Juristen der Kaiserzeit bekannt war. Die Sage, dass die Pontifices aus ihrer Rechtskunde ein Geheimniss gemacht, habe ich oben erklärt; über die Publication der dies fasti durch Flavius habe ich hier zu bemerken, dass die dies fasti ja mit den Grundgesetzen öffentlich aufgestellt waren (Ovid. fast. II. 47 sqq. Bruns, Fontes Jur. R. p. 26. ed 2), dem Volke also nicht weniger bekannt sein konnten, als die übrigen Bestimmungen der Zwölftafelgesetze. Ausserdem war der delegirte Pontifex gewiss in der Lage, den Parteien über die dies fasti sicheren Aufschluss zu geben. Es ist einleuchtend, dass diese Art, sich das Aufhören des Einflusses der Pontifices auf das Civilrecht zu erklären, mit jener oben bekämpften Ueberlieferung zusammenhängt, nach welcher die Pontifices als juris periti sich nur im thatsächlichen Besitze fachmännischer Jurisprudenz befanden, so dass die Publication ihres Wissens auch ihrer thatsächlichen Herrschaft ein Ende machte. Damit musste man aber auch annehmen, dass vor dieser Publication auch die übrigen Patricier, und somit auch die patricischen Prätoren das Recht ihrer Nation nicht kannten, und dass gerade diese Unkenntniss es ihnen unmöglich machte, sich von dem Einfluss der Pontifices zu befreien.

Es bestätigt also auch die Beschaffenheit dieser Berichte der späteren römischen Geschichtschreiber jene Bemerkungen, die ich oben über die Anschauungen der späteren Juristen über das älteste Recht gemacht habe.

Ich gelange zur Besprechung des dritten Punktes, nämlich des imperium mixtum. Imperium heisst ursprünglich „die höchste Macht zu befehlen und zu verbieten," also die Herrschermacht oder die Herrschaft [6]). Der Träger des Imperiums hiess Rex, Imperator, (osk. embratur) oder auch Dictator. Den Römern galt also die Herrschschaft als Machtvollkommenheit. Obwohl nun auch der Prätor urbanus ein Imperium hatte, so ist doch diese seine Herrschermacht zunächst von jener Rechtsvollkommenheit oder potestas summa verschieden, deren Träger der Pontifex Maximus war; dann von jener Jurisdiction, welche noch Gaius I, 6 als jus edicendi amplissimum bezeichnet. Eine Andeutung der Verschiedenheit des Imperiums und der Potestas enthält die Stelle bei Festus pag. 50: „Cum imperio est" dicebatur apud antiquos, cui nominatim a populo dabatur imperium; „cum potestate est" dicebatur de eo, qui a populo alicui negotio praeficiebatur, wobei unter negotium nur die Besorgung einer Regierungsangelegenheit verstanden werden kann. Das imperium mixtum stellt sich also mir als Vereinigung des Imperium mit einer Potestas dar, und zwar die Vereinigung des Imperiums mit der Jurisdiction im Sinne der potestas edicendi summa, weil die Quellen in den Stellen, in welchen sie das imperium mixtum berühren, nur diese potestas summa, nicht aber die potestas juris civilis interpretandi, erkennen lassen.

Was endlich die Frage betrifft, ob der Prätor urbanus wirklich nach der Publication der Legisactiones durch Flavius diese Actionen im Edicte zu proponiren pflegte, so beruht diese Annahme auf einer ganz unhaltbaren Leseart bei Pomponius in der L. 2. §. 7. D. de orig. jur., welche indessen schon Mommsen beseitigt hat, indem er so liest: Postea quum Appius Claudius composuisset et ad formam redigisset has actiones u. s. w. Dass die Leseart „composuisset" und nicht die hergebrachte „proposuisset" die richtige ist, das folgt aus den unmittelbar darauf folgenden Worten: „et ad formam redigisset," weil das redigere ad formam doch wohl nur auf ein componere, nicht aber auf ein proponere folgen kann. Diese Stelle ist nun zwar nicht geeignet, die Proposition der Legisactiones im Edicte darzuthun, allein sie enthält eine andere Nachricht,

---

6). Z. vgl. Lange, Alterth. I. S. 265, Mommsen, Römische Gesch. I. S. 64.

welche von grösster Bedeutung ist, und somit hier eine besondere Würdigung finden muss. —

Das componere deutet eine geordnete Darstellung, das ad formam redigere einen Gegenstand an, welcher allseitig abgeschlossen ist und ein organisches Ganzes bildet. Diese Stelle enthält also für meine obige Darlegung, nach welcher die Zwölftafelgesetze meist oberste Grundgesetze waren, die sehr wichtige Nachricht, dass die durch die Decemviralgesetzgebung angebahnte Entwicklung des Civilrechts erst um das Jahr 450 d. St. zu einem definitiven Abschluss gelangt war. Hatten nämlich die Zwölftafelgesetze den Charakter auch oberster Grundgesetze, welchen die Pontifices in der Form der legalen Interpretation praktische Wirksamkeit verschaffen sollten, so ist es einleuchtend, dass die Interpretation derselben in Folge jener raschen und allseitigen Veränderungen, welche das vierte und fünfte Jahrhundert d. St. im Leben des römischen Volkes hervorbrachte, lange Zeit schwanken, und somit auch jede definitive Fixirung ihrer Ergebnisse als verfrüht erscheinen lassen musste, dass also eine Zusammenstellung dieser Rechtsentwicklung und eine definitive Redaction derselben erst dann vorgenommen werden konnte, als bereits die Sicherheit gegeben war, dass dieses Civilrecht sich als ein unabänderliches publiciren lasse, die Publication also ein wirklich geltendes Recht enthalte. Ich erinnere hierbei an die von Ihering beigebrachten Beispiele [7], wie sehr die Interpretation noch in der späteren Zeit schwankte, wie sie mit dem Wechsel der Bedürfnisse wechselte, und wie sie das Prädicat einer viva vox juris civilis auch noch in der späteren Zeit verdiente. Da nun die Römer dem Appius Claudius Caecus und seinem Secretär Flavius die erste geordnete Darstellung und die erste Redaction der grundgesetzlichen Actionen zu verdanken hatten, sowie den Genuss jener nun reifen Früchte der Decemviralgesetzgebung, welche den früheren Geschlechtern durch die Natur der Sache vorenthalten bleiben mussten, so ist es erklärlich, dass sie jenen Mann mit Ehren überschütteten, welcher ihnen zuerst die fertig gewordene Civilprozessordnung zum sicheren praktischen Gebrauche übergab. Wenn nun aber angenommen werden muss, dass das System der pontificischen Actionen um das Jahr 450 d. St. zum Abschlusse gelangt war, so ist damit nicht zugleich auch die Unmöglichkeit ausgesprochen, ausnahmsweise einzelne Actionen auch nach diesem Abschlusse des pontif. Klagensystems durch blosse Interpretation neu zu bilden, wohl aber liegt es in der Natur eines

7) Geist II. 1, S. 62, Note 56, S. 69; 100 Note 115, vgl. II, 2, S. 449, S. 452.

solchen Abschlusses der Interpretation, dass von nun an dringende Bedürfnisse des Rechtslebens in der Regel nur mehr durch specielle Volksgesetze, wofür uns an der lex Aquilia ein besonders interessantes Beispiel erhalten ist, Befriedigung verschafft werden konnte, bis endlich durch die Ausdehnung der römischen Herrschaft auch diese Specialgesetzgebung für die römische Volksgemeinde unpraktikabel wurde, und man sich zur Verleihung neuer Jurisdictionen im Sinne der potestates edicendi summae an den Prätor urbanus und peregrinus entschliessen musste.

Da nun die Pontifices mit dieser Vollendung des grundgesetzlichen Civilrechts die Aufgabe gelöst hatten, welche ihnen in der letzten Periode ihrer verfassungsmässigen Wirksamkeit in der Civilrechtspflege durch die Decemviralgesetzgebuug zugefallen war, und der Abschluss ihres Civilrechts für die Cultur eine weltgeschichtliche Bedeutung hat, so sei es mir erlaubt, ehe ich meine Untersuchungen über den Zeitpunkt der Beendigung ihrer verfassungsmässigen Thätigkeit in der Civilrechtspflege fortsetze, noch einige Augenblicke bei dem Charakter und der Bedeutung des pontificischen Civilrechts sowie des s. g. jus Flavianum zu verweilen.

Der Charakter des pontificischen Civilrechts.

§. 16. Das um das Jahr 450 d. St. zum definitiven Abschluss gelangte Recht war das mittelbare Privatrecht des Grundgesetzes, also das verfassungsmässige Privatrecht römischer Bürger. Den Namen jus civile erhielt es wohl desshalb, weil das eigentliche Ergebniss der Decemviralgesetzgebung eben das Privatrecht, dieses Recht also eigentlich allein das grundgesetzliche oder verfassungsmässige Recht der römischen Bürger war. Die Zweifel schon der römischen Juristen über den Grund dieser Bezeichnung[1]) beweisen, dass dieses rein geschichtliche Moment der Bezeichnung schon früh der Vergessenheit verfallen war. Unsere Bezeichung „bürgerliches Recht" beruht also auf einer geschichtlichen Zufälligkeit. Als das verfassungsmässige Privatrecht römischer Bürger war dieses Recht natürlich auch das jus proprium civium

1) Frgm. Dosith. 1: jus civile vero proprium est civium Romanorum et ab eis dictum, quoniam nostra civitas eo diverso ab aliis populis utitur. Sed quidam hoc esse dixerunt, quod omnibus civibus peculiariter aut majori parti expedit. Sunt etiam qui tradiderunt constitutam aequitatem esse. Plurimi autem eam definitionem veriorem esse tradiderunt, quam initio diximus. Allein auch die erste Definition ist zu weit und somit nicht zutreffend, weil dasselbe auch vom Criminalrecht und Staatsrecht gesagt werden kann,

Romanorum. Dies erklärt, warum die im Grundgesetz wurzelnde actio furti gegen Nichtbürger nur mittelst der Fiction: si civis Romanus esset, gerichtet werden konnte (Gaius IV, 37), während spätere Strafgesetze nicht mehr bloss für die Bürger Geltung hatten und somit anders als das Grundgesetz gefasst waren[2]). Wie also das verfassungsmässige Familien- und Erbrecht nur römischen Bürgern Rechte gewähren konnte, so konnten sich auch der Formen der Rechtsgeschäfte und des Processes nur römische Bürger bedienen. Wie in jedem anderen Staate der antiken Welt, so konnte der Peregrinus auch in Rom der verfassungsmässigen Privatrechte der römischen Bürger nur durch besondere Verleihung theilhaftig werden, und somit das Commercium erlangen. Zur weiteren Charakteristik des grundgesetzlichen Civilrechts der Römer gehört, dass es von dem Princip des Formalismus oder der Formbestimmtheit beherrscht war, während die Privatrechte anderer Völker dem Princip der Formfreiheit huldigten.

Das Zwölftafelrecht wird jetzt mitunter „römisches Landrecht" genannt. Diese Bezeichung ist nicht bloss nicht ganz zutreffend, sondern sie erzeugt auch irrige Vorstellungen über das Geltungsgebiet und die Bestimmungen des Zwölftafelrechtes. Das grundgesetzliche Civilrecht der Römer trägt so ganz und gar das Gepräge nur eines Civilrechts der römischen Stadtgemeinde, dass sich die meisten Bestimmungen desselben nur von diesem Standpunkte erklären lassen. Auf dieses wichtige Moment hat übrigens schon Ihering[3]) hingewiesen, indem er hervorhebt, dass, wie die Verfassung, so auch das Privatrecht wesentlich auf eine Stadt berechnet war, dass die Formen der privatrechtlichen Geschäfte und die Organisation des Processes noch Jahrhunderte den Charakter des Stadtrechtes athmeten, welchen das römische Recht ursprünglich an sich trug. Darum konnten Adoptionen, Emancipationen, die Eingehung und Trennung einer confarreirten Ehe, die Abtretung der Tutel, die Manumissionen, die Bestellung einer Urbanal-Servitut und der persönlichen Servituten, die Abtretung einer Erbschaft nur in Rom vorgenommen werden, wie es sogar zum Begriffe eines judicium legitimum gehörte, dass der Process in Rom Statt fand. Weil nämlich das pontificische Civilrecht das verfassungsmässige Privatrecht der Bürger der römischen Gemeinde war, so beschränkte

2) Cicero pro Cluentio c. 54: Quid intersit, utro modo scriptum sit, etsi est apertum, ipsa tamen lex nos docet. Ubi enim omnes mortales alligat, ita loquitur: „Qui venenum malum fecit, fecerit", omnes viri, mulieres, liberi, servi in judicium vocantur. 3) Geist II, 2. S. 650, 653, 654.

sich auch sein Geltungsgebiet auf die Stadt Rom und ihre Bannmeile, was die wichtige Folge hatte, dass es verfassungsmässige Gerichte, judicia der Lex (= judicia legitima) nur in Rom gab. Darum waren auch nur hier allein alle Gewalten der Verfassung untergeordnet, nur hier allein alle Gewalten zum Schutz der Verfassung aufgeboten, und nur hier allein konnte jede par majorve potestas, jede dem verfassungsmässigen Rechte widersprechende Verfügung eines richterlichen Magistrats cassiren. Nur diesen heiligen Boden des verfassungsmässigen Rechtes der römischen Bürger durfte kein Träger einer militärischen Willkürgewalt eigenmächtig betreten. Weil aber die Römer das moderne Princip der rein territorialen Geltung der Gesetze nicht kannten, so war Rom die juristische Heimath eines jeden römischen Bürgers, wo er immer domiciliren mochte, und gab ihm ein zweites forum[4]). Diesen tiefen Sinn hatte Rom als „communis patria civium Romanorum". Wenn ich nun das hier Gesagte auf den Civilprocess anwende, so folgt daraus, dass der pontificische Process den Parteien verfassungsmässige Eigenrechte gab, die kein Magistrat zu bewilligen oder zu versagen hatte. Darum hatte sich der Kläger in diesem Processe nicht erst an den Magistrat zu wenden, um eine Actio zu „impetriren", sondern er hatte nur unmittelbar den Gegner selbst zum Judicium herauszufordern. Das ist die hohe Bedeutung der pontificischen formae agendi, dass ihnen sich jeder richterliche Magistrat als verfassungsmässigen Gesetzen unterordnen musste, und dass sein Imperium ihnen gegenüber völlig machtlos war, wenn er nicht jede par majorve potestas zum Schutze des verfassungsmässigen Rechtes herausfordern wollte. Ich kann daher Mommsen nicht beistimmen, wenn er[5]) bemerkt: Es wird nicht überflüssig sein, auch hier daran zu erinnern, dass das judicium legitimum ebenso gut, als das judicium, quod imperio continetur, auf dem Imperium beruht, und dass die richtige Peripherie für jenes ist: das kraft der dem Magistrate durch die Verfassung zustehenden Amtsgewalt niedergesetzte Gericht; für dieses: das kraft der von den Beschränkungen der Verfassung befreiten Amtsgewalt niedergesetzte Gericht. Wenn nun auch in dieser Bestimmung auf die Verfassung Rücksicht genommen wird, und darum diese Bestimmung dem hier Gesagten nahekommt, so ist doch das judicium legitimum kein solches „niedergesetztes Gericht". Judicium legitimum ist vielmehr die forma agendi legitima mit den aus dieser ihrer

4) Bethmann-Hollweg, Civilpr. II. S. 123.

5) Rechtsfrage zwischen Caesar und dem Senat, S. 24 Note 52.

Natur abgeleiteten Folgen. Weil nämlich die Forma legitima agendi die Grundlage der Untersuchung und Entscheidnng, also des Verfahrens in judicio bildete, zugleich aber selbst ein verfassungsmässiges Gesetz war, so konnte sie nur römischen Bürgern Rechte gewähren und nur in urbe vel intra primum urbis miliarum giltig sein, mochten die römischen Bürger als Parteien Rechte gegen einander geltend machen, oder als Geschworne thätig sein. Darum gab es verfassungsmässige Gerichte nur in Rom, und darum war das judicium legitimum ein Vorrecht römischer Bürger, wobei es sich von selbst versteht, dass auch die richterliche Magistratur nur ein römischer Bürger bekleiden durfte. Die Merkmale des judicium legitimum sind also alle nur die nothwendigen Folgen der grundgesetzlichen Natur der forma agendi. Das judicium legitimum steht also zum judicium, quod imperio continctur, in dem Gegensatz, in welchem ein verfassungsmässiges Recht einem obrigkeitlichen Rechte gegenüber steht. Eben weil die forma legitima agendi ein verfassungsmässiges, die formula, quae imperio continebatur, aber ein obrigkeitliches Recht war, so gab verfassungsmässige Eigenrechte nur die erstere, während die Rechte aus der letzteren der richterliche Magistrat zu bewilligen oder zu versagen hatte. Eine andere wichtige Folge dieses Unterschiedes war die, dass die judicia, quae imperio continebantur, also alle judicia ausserhalb Roms, auch nicht durch die Intercession der zum Schutze der Verfassung berufenen Gewalten geschützt waren, und somit den Parteien nicht die Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit boten, die die judicia legitima den römischen Bürgern in Rom. Daraus erklärt es sich zugleich, warum alle Peregrinengerichte in Rom, und alle judicia in den Provinzen nur auf dem Imperium beruhten, und warum später der Prätor urbanus alle Mittel aufbieten musste, um die pontificische forma agendi zu erhalten.

Weil nun das pontificische Civilrecht das verfassungsmässige Civilrecht der römischen Stadtgemeinde war und auf dem Princip des Formalismus beruhte, die Decemvirn und die Pontifices bei ihren Bestimmungen sich von den Verhältnissen der noch kleinen Stadtgemeinde leiten liessen, so konnte dieses Civilrecht im Allgemeinen namentlich aber die pontif. Actionen nur so lange ihre ursprüngliche Brauchbarkeit behaupten, als die Voraussetzungen dauerten, unter welchen die Formen dieses Civilrechts und seiner Actionen geschaffen worden waren. Wäre nun Rom indessen die alte kleine Stadtgemeinde geblieben, so hätte dieses um das Jahr 450 d. St. zum Abschluss gebrachte Civilrecht unter Hinzutritt einer ergänzenden Specialgesetzgebung auch für die folgenden Jahrhunderte genügen

können. Allein gerade das fünfte Jahrhundert Roms war das Jahrhundert der römischen Grösse und das Jahrhundert jener Geschlechter, welche die späteren Generationen als ihre ruhmreichen Majores mehr priesen als nachahmten. Das Leben des römischen Volkes in diesem Jahrhundert war in allen Richtungen ein so tief bewegtes, dass wir staunen müssen, dass der ausgetretene Strom seiner Kraft nicht alle Grundlagen hinweggespült hatte, welche von den Pontifices gelegt worden waren. Es ist daher sehr begreiflich, dass in dieser Zeit eine Reform in der Civilrechtspflege dringend wurde, welche aber darum leichter auszuführen war, weil das römische Civilrecht bereits auf unzerstörbaren Grundlagen ruhte, und die Gesetzgebung der Decemvirn mit Beibehaltung ihrer legislativen Politik nur mehr fortzuführen war.

IV. Capitel.

Verleihung der Jurisdictionen im Sinne der potestates edicendi summae an den Prätor urbanus und peregrinus, und in Folge davon auch Trennung des Sacralrechts vom Civilrecht und Uebertragung der potestas legum interpretandarum im Gebiete des Civilrechts vom Pontifex Maximus, sowie der Vorstandschaft in den Civilgerichten vom delegirten Pontifex, an den Prätor urbanus, also Wiedervereinigung der civilrechtlichen potestas legum interpretandarum mit dem gleichartigen Richteramte.

§. 17. Dass der Einfluss der Pontifices auf das Civilrecht um die Mitte des fünften Jahrhunderts erlosch, ist von Ihering[1]) ausdrücklich ausgesprochen. Die gleiche Annahme lässt sich aber auch denjenigen zuschreiben, welche das Erlöschen des Einflusses der Pontifices auf das Civilrecht mit der Publication der Legis actiones durch Gn. Flavius in Zusammenhang bringen, und die von ihnen angenommene nur thatsächliche Herrschaft der Pontifices durch die erwähnte Thatsache zerstört werden lassen. Weil aber den Pontifices auch Ihering nur ein thatsächliches Schiedsrichteramt zuerkennt, so meint er, dass der Uebergang der Rechtspflege und der Rechtswissenschaft auf die Prätoren durch die leges Silia und Calpurnia vermittelt wurde, welche die Legisactio per condictionem einführten, (bei

1) Geist II, 2 S. 189.

actiones in personam auf Geld und andre res certae; bei actiones in rem durch Einkleidung in die sponsio praejudicialis, „also in allen Fällen der pontif. Competenz"). Weil hier das Succumbenzgeld erspart worden sei, so habe sich kaum Jemand mehr an die Pontifices gewendet[2]). Die Schwierigkeit, die Zeit und den Act näher zu bestimmen, wann und wodurch der erwähnte Einfluss der Pontifices aufhörte, stellt sich also nur demjenigen entgegen, welcher, wie ich, den Pontifices nicht bloss einen factischen, sondern einen gesetzlichen Einfluss zuerkennt. Noch mehr; ich habe den Pontifices einen verfassungsmässigen Einfluss auf das Civilrecht zu erkannt, die Interpretation als ein staatsrechtliches Institut bezeichnet, und dem Pontifex Maximus in der Form der potestas legum interpretandarum sogar eine Art Justizhoheit zugeschrieben: das staatsrechtliche Institut der Interpretation aber konnte in seinen subjectiven Beziehungen nur durch ein Verfassungsgesetz modificirt werden. Mir fällt also die Aufgabe zu, dieses Verfassungsgesetz anzugeben, und zu diesem Zwecke vorerst die Zeit zu bestimmen, innerhalb welcher es gegeben werden konnte, und innerhalb welcher es somit zu suchen ist.

Es wurde nun schon bemerkt, dass die Patricier keines ihrer Sonderrechte früher aufgaben, als bis es ihnen thatsächlich unwirksam und werthlos geworden war. Es ist somit hier zunächst jene Zeit ins Auge zu fassen, in welcher ihr Sonderrecht, die legale Interpretation des grundgesetzlichen Civilrechts auszuüben, bereits illusorisch geworden war. Wir wissen, dass die Patricier ihre ausschliessliche Berechtigung zur Prätura urbana im Jahre 417 d. St. verloren, und dass bald darauf, nämlich im Jahre 454 d. St. durch die lex Ogulnia auch ihre Alleinberechtigung zum Pontificat erlosch, weil dieses Gesetz die Hälfte der Stellen im Pontifical-Collegium den Plebejern gegeben hatte[3]). Im Jahre 501 d. St. finden wir den Plebejer T. Coruncanius sogar schon als Pontifex Maximus[4]). Von dem hier eingenommenen Standpunkte wird es sehr begreiflich, dass es kein blosser Ehrgeiz, sondern ein tief greifendes politisches Interesse war, welches alle Schichten der Plebejer zur Durchsetzung der lex Ogulnia vereinigte: G. et Gn. Ogulnii — eam actionem susceperunt, qua non infimam plebem accenderent, sed ipsa capita plebis, consulares, triumphalesque plebejos, (Livius X, 6). Wohl heiss mag der Kampf gewesen sein, bis endlich die Patricier auch dieses ihr letztes und wichtigstes Vorrecht aufgaben, mit dessen Verlust sie sich von dem Grundsatz ihres angebornen

2) Geist II, 2 S. 390. 3) Becker-Marquard, Röm. Alterth. IV S. 191.
4) Lange, Röm. Alterth. I. S. 322.

Priesterthums endgiltig lossagen mussten. Die Prätur, das Pontificat waren also bereits im Besitze der Plebejer, das den Pontifices anvertraute Civilrecht des Grundgesetzes war zum Abschluss gebracht und kundgemacht, seine Fortentwicklung aber durch Verleihung neuer Gewalten an den Träger der potestas legum interpretandarum bedingt: jetzt war die Zeit gekommen, in welcher diese Reform nicht mehr hintanzuhalten, und das ohnehin schon werthlos gewordene Vorrecht der Patricier, das grundgesetzliche Civilrecht zu interpretiren, nicht mehr zu behaupten war.

Ausser diesem Wegfall aller vernünftigen Motive des Widerstandes für die Patricier kommt aber noch ein anderes, viel wichtigeres Moment hier in Betracht: Rom war in dieser Zeit bereits zu einer solchen Stellung in Italien gekommen, dass es begründete Hoffnungen fassen konnte, die Grossmacht Italiens zu werden, so dass der Standpunkt der patricischen Ausschliesslichkeit auch in dieser jetzt massgebenden Richtung unhaltbar geworden war. Die Erwägung aller dieser Momente ist geeignet den Bericht des Pomponius in der L. 2. §. 8–10. D. de orig. juris verständlich zu machen:

Mox quum revocata est plebs, quia multae discordiae nascebantur de his plebiscitis, pro legibus placuit et ea observari lege Hortensia. — (§. 9). Deinde quia difficile plebs convenire coepit, populus certe multo difficilius in tanta turba hominum, necessitas ipsa curam rei publicae ad senatum deduxit. Ita coepit senatus se interponere, et quidquid constituisset, observabatur, idque jus appellabatur Senatusconsultum. (§. 10) Eodem tempore et magistratus jura reddebant, et, ut scirent cives, quod jus de quaque re quisque dicturus esset, seque praemuniret, edicta proponebant; quae edicta Praetorum jus honorarium constituerunt.

Das jura reddere (die Rechtsetzung) *) und das edicta proponere der Magistrate setzt hier Pomponius in die Zeit, in welcher wegen der Ausdehnung des römischen Gebietes die unmittelbare Betheiligung des Volkes an den öffentlichen Angelegenheiten in den Comitien beschwerlich geworden war, die cura rei publicae also von der Volksversammlung an den Senat übergehen musste. Die cura rei publicae war aber in der Zeit der lex Hortensia an den Senat übergegangen, wie dies Pomponius selbst andeutet und Mommsen[5]) ausdrücklich hervorhebt, indem er für „die sinkende Bedeutung der Bürgerschaft in der Zeit der lex Hortensia" folgende Gründe angibt:

5) Röm. Gesch. I. S. 312. — *) Vgl. Ladewig zu Virg. Aen I, 507.

„Vor allem die Ausdehnung der römischen Gränzen entzog der Volksversammlung ihren Boden. Als Versammlung der Gemeindeansässigen konnte sie recht wohl in genügender Vollzähligkeit sich zusammenfinden und recht wohl wissen, was sie wollte, auch ohne zu discutiren, aber die römische Bürgerschaft war schon weniger Gemeinde als Staat". Nach der im Jahre 414 d. St. erfolgten Unterwerfung der wieder aufgestandenen Latiner und Campaner hatte sich das römische Gebiet fast jährlich vergrössert, so dass, wie Mommsen[6]) angibt, nach Beendigung des sieben und dreissigjährigen Samnitischen Krieges im Jahre 464 d. St. das geschlossene Gebiet des römischen Staates nordwärts bis zum Ciminischen Walde, östlich bis zu den Abruzzen, südlich bis nach Capua sich erstreckte, während die beiden vorgeschobenen Posten, Luceria und Venusia, gegen Osten und Süden auf den Verbindungslinien der Gegner angelegt, dieselben nach allen Seiten hin isolirten. Wenn also in der Zeit der lex Hortensia (467 d. St.) die cura rei publicae von der Volksversammlung an den Senat übergehen musste, so ist damit auch ausgesprochen, dass auch die oben besprochene Specialgesetzgebung des Volkes in Sachen des Civilrechts längere Zeit vor der lex Hortensia bereits unpraktikabel geworden war, und somit, wie Pomponius ausdrücklich angibt, in dieser Zeit gewiss bereits von der Volksversammlung, mit der nothwendigen Modification, an die richterlichen Magistrate übergegangen war.

Die grosse Reform, deren Zeit ich hier zu bestimmen habe, kann also nach den bisherigen Ergebnissen meiner Untersuchungen nur in die Zeit zwischen der lex Ogulnia (454) und der lex Hortensia (467) gesetzt werden.

Dieses Resultat wird nun durch die Nachricht eines ganz verlässlichen Berichterstatters nicht bloss bestätigt, sondern auch ergänzt. Gellius schreibt nämlich in XX, 10. §. 9: Sed postquam praetores propagatis Italiae finibus datis jurisdictionibus negotiis occupati proficisci vindiciarum dicendarum causa ad longinquas res gravabantur, institutum est contra duodecim tabulas tacito consensu, ut litigantes non in jure apud praetorem manum consererent, sed „ex jure manum consertum" vocarent.

Dass unter Italia hier der ursprüngliche ager Romanus zu verstehen ist, brauche ich nicht weiter auszuführen; es folgt dies aus

6) Röm. Gesch. I. S. 385.

dem bereits Gesagten. Im gleichen Sinne interpretirt die propagatio finium Italiae dieser Stelle auch Bethmann-Hollweg[7]). Dagegen haben die handschriftlich ganz sicheren Textworte „datis jurisdictionibus" wegen der Verkennung ihres richtigen Sinnes Anstoss erregt. Hertz[8]) verwandelt den Ablativ „jurisdictionibus" in den Genitiv „jurisdictionis", ohne zu bedenken, dass dann auch das Particip „datis" überflüssig wird, weil die Worte jurisdictionis negotiis occupati schon an sich deutlich und gut lateinisch sind und die lateinische Redeweise durch die Hinzufügung des Particips „datis" nur Eintrag erleidet. Dies hat Huschke[9]) gefühlt, wesshalb er in der Correctur des Textes dieser Stelle über Hertz hinausgeht, und auch das „datis" in „et alis" (= et aliis) verwandelt. Weil die handschriftlichen Textworte dieser Stelle ganz sicher stehen, und einen Sinn geben, welcher durch die Ergebnisse meiner bisherigen Untersuchungen gerechtfertigt wird, so liegt für mich kein Grund vor, ihnen Gewalt anzuthun.

Die Bestimmung des richtigen Sinnes dieser Stelle ist nun vor allem durch die richtige und vollständige Erfassung der Bedeutungen des Ausdrucks „jurisdictio" bedingt, wesshalb ich hier zunächst die Bedeutungen dieses Wortes darzulegen habe.

Im ursprünglichen und eigentlichen Sinne bezeichnete dieser Ausdruck die „Rechtsprechung oder Gerichtsbarkeit", also im subjectiven Sinne dieses Wortes die Befugniss Recht zu sprechen oder die Gewalt der Gerichtsbarkeit[10]), im objectiven Sinne die Acte der Rechtsprechung oder Gerichtsbarkeit[11]). Ferner konnte, wie ich schon oben bemerkt habe, der Ausdruck jurisdictio auch die Interpretation bedeuten, also im subjectiven Sinne das jus oder die potestas interpretandi[12]), im objectiven Sinne die Ergebnisse der Interpretation[13]). Endlich bedeutete dieser Ausdruck die „obrigkeitliche Rechtsetzung", also im subjectiven Sinne dieses Wortes das jus edicendi summum[14]), im objectiven Sinne das Edicirte oder

---

7) Civilpr. I. S. 41. Note 5 u. II. S. 25; z. s. jetzt auch Mommsen, röm. Staatsr. S. 166. Note 1.

8) Ausgabe des Gellius, 1853, S. 253.

9) Ztsch. für RG. VII. Bnd. 2. Hft. 1868, S. 180, Note 8.

10) Ulp. L. 4. D. h. t. Paul. L. 27. D. ad mun. 50, 1. Ulp. L. 16 D. de off. procons. (1, 16) Paul. L. 12. D. eod. Tacit. ann. 13, 28.

11) Cicero de invent. II, 19, 58; z. v. Paul. sent. I. 12.

12) Pomponius L. 2. §. 6. D. de orig. juris. Festus p. 185: pontifex maximus — judex.

13) Pomponius a. a. O. §. 38.

14) Gaius I, 6: Jus autem edicendi habent magistratus populi Romani,

das Edict[15]). Das jus edicendi summum wurde juris civilis corrigendi et supplendi causa dem Prätor urbanus und peregrinus verliehen[16]) und war somit die Quelle des eigentlichen prätorischen Rechtes.

Wie nun Pomponius von jura reddere und edicta proponere der Magistrate im Allgemeinen redet, so spricht auch Gellius von „gravari" der Prätoren im Allgemeinen, und sagt, es sei ihnen schwer gefallen zum Zwecke der Vindication zu entfernten Objecten sich zu begeben, weil sie in Folge der Verleihung der Jurisdictionen mit Amtsgeschäften überhäuft waren. Wie ich unten zeigen werde, fällt die Errichtung der zweiten Prätur, wie dies auch der Angabe des Pomponius entspricht, in das Jahr 433 d. St., und war nur durch das Bedürfniss eines vierten höheren Magistrats veranlasst worden, so dass der zweite Prätor anfänglich nur ein Mitarbeiter des Prätor urbanus, eventuell der Consuln war.

Weil die beiden Prätoren verschiedene Jurisdictionen erhalten hatten, so musste Gellius von „jurisdictionibus datis" sprechen; weil ferner die beiden Prätoren die Jurisdiction im gewöhnlichen Sinne „der Gerichtsbarkeit" schon besassen und somit nicht erst zu erhalten brauchten, so müssen unter den von Gellius erwähnten Jurisdictionen zunächst jene dem Prätor urbanus und peregrinus ertheilten potestates edicendi summae verstanden werden, welche Gaius (I, 6) darum nur mehr mit dem Ausdruck jus edicendi amplissimum im Singular bezeichnet, weil in seiner Zeit der Prätor urbanus und peregrinus dem Princeps gegenüber bereits wieder gleichgestellt und letzterem untergeordnet waren. Da aber die Römer unter der Jurisdiction auch die potestas interpretandi summa verstanden, so muss unter den von Gellius erwähnten Jurisdictionen auch die potestas juris civilis interpretandi des Prätor urbanus verstanden werden, von welcher ich oben gezeigt habe, dass sie in dieser Zeit für den Pontifex Maximus nicht mehr zu behaupten war. Die Jurisdictionen,

---

sed amplissimum jus est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis jurisdictionem praesides earum habent. IV, 110: (actiones), quae ex propria ipsius (Praetoris) jurisdictione pendent, —; IV, 118: Quae (scil. exceptiones) omnes vel ex legibus, vel ex his, quae legis vicem obtinent, vel ex jurisdictione praetoris proditae sunt; cf. §. 13 Inst. de act. 4, 6; pr. Inst. de perpet. et temp. act. IV, 12.

15) L. 7. §. 2. D. de capit. min. 4, 5; L. 36, D. de admin. tut. 26, 7. Pomponius L. 2. §. 44 D. de orig. jur.; Alexander L. 9. C. de legatis, 6, 37. Rudorff, Edict. perpet. p. 25. Kuntze Cursus, S. 123.

16) Vgl. Papinian L. 7. § 1. D. de jure et just. 1, 2.

welche Gellius meint, sind also folgende: 1) die potestas juris civilis interpretandi des Prätor urbanus, 2) das jus edicendi summum des Prätor urbanus, 3) das jus edicendi summum des Prätor peregrinus. Worin sich die beiden letzteren unterschieden, darauf werde ich unten zurückkommen.

Diese Berichte des Pomponius und Gellius erhalten sowohl Bestätigung als Ergänzung durch die weiteren Reformen in der Civilrechtspflege, welche ebenfalls in der Zeit der Hortensia vorgenommen wurden. Hieher gehört die Veränderung in den Gerichtstagen in der Zeit der lex Hortensia [17]). Ferner meldet uns Festus durch seine Bezugnahme auf die in das Jahr 465 fallende lex Papiria, dass in dieser Zeit das Wort „sacramentum" plötzlich eine andere Bedeutung erhalten habe [18]), was auf die Beseitigung des sacralen Elements im Civilprocesse schliessen lässt. Ueber die Weise, in welcher diese Beseitigung erfolgte, werde ich unten zu sprechen und zu zeigen haben, dass der promissorische Eid, die poena temere litigantium zu sacriren (= sacramentum) vom Prätor durch die Sponsio ersetzt und dadurch die ursprüngliche Bedeutung des sacramentum plötzlich unbrauchbar wurde. Mit dieser Beseitigung des sacralen Elements des Civilprocesses und somit auch eines Theiles des Einflusses des delegirten Pontifex steht im Zusammenhang die Uebertragung des exigere und judicare sacramenta an die tresviri capitales durch die lex Papiria [19]). Mögen diese tresviri capitales früher unter einem anderen Namen bestanden haben und als niedere Magistrate vom Prätor urbanus selbst bestellt worden sein oder nicht, diese Streitfrage hat auf die Thatsache keinen Einfluss, dass die Angelegenheiten der poenae temere litigantium im Jahre 465 den Pontifices entzogen, und an vom Volke genehmigte Magistrate übertragen wurden [20]). Noch ist zu erwähnen, dass

17) Mommsen, Corpus inscript. lat. p. 372; Macrobius I, 16: Lege Hortensia effectum est, ut (nundinae) fastae essent, ut rustici, qui nundinandi causa in urbem veniebant, lites componerent.

18) Festus pag. 347 M.

19) Festus pag. 347 M: Qua de re lege L. Papiri Tr. pl. sanctum est his verbis: „Quicunque Prätor posthac factus erit, qui inter cives jus dicet, tresviros capitales populum rogato, hique tresviri capitales, quicunque posthac, facti erunt, sacramenta exigunto judicantoque, uti ex legibus plebeique scitis exigere judicareque [quaestor] es (se) oportet (vgl. Varro L. L. V. 81). Sacramenti autem nomine id aes dici coeptum est, quod et propter aerari inopiam et sacrorum publicorum multitudinem consumebatur in rebus divinis.

20) Die lex Papiria setzen Becker, Röm. Alterth. II. 2, S. 359; Lange, Röm.

Pomponius[21]) auch die Einsetzung der schon oben besprochenen Decemviri litibus judicandis für die Zeit meldet, in welcher die tresviri capitales als vom Volke zu genehmigende Magistrate eingesetzt wurden. Vor dieser Zeit gehörte die Leitung der Geschwornen-Decurien (Decemviri schlechthin genannt) zu den Obliegenheiten des Prätor urbanus, eventuell des zweiten Prätors; als jedoch die beiden Prätoren jene neuen Jurisdictionen erhielten, von welchen so eben die Rede war, mussten sie von diesen untergeordneten Amtsobliegenheiten befreit, und durch niedere Magistrate ersetzt werden, welche als Leiter der Geschwornen-Decurien zwar auch Decemviri hiessen, aber mit dem Beisatze „für die Schwurgerichtsverhandlungen der Civilprocesse" (decemviri litibus judicandis).

Es liegt also eine ganze Reihe von Veränderungen in der Civilrechtspflege vor, welche alle in die Zeit der lex Hortensia fallen:

Das jura reddere und edicta proponere der richterlichen Magistrate (Pomponius); die Verleihung neuer Jurisdictionen an die Prätoren (Gellius); die Veränderung in den Gerichtstagen (Mommsen); der plötzliche Wechsel in der Bedeutung des Wortes sacramentum, welcher auf einen Wechsel in der Art der Uebernahme der Verpflichtung zur poena temere litigantium schliessen lässt; der Uebergang der Entscheidung über die poenae temere litigantium an die tresviri capitales (Festus) und die Enthebung der Prätoren von der Leitung der Geschwornen-Decurien und Einsetzung eigener Magistrate zu diesem Zwecke.

Die grosse Reform der Civilrechtspflege ist also in die Zeit der lex Hortensia (467) zu verlegen, und es erübrigt nur mehr das Jahr zu bestimmen, in welchem diese Reform ihren Anfang nahm.

Bestimmung des Jahres dieser Reform — Einsetzung des zweiten Prätors im Jahre 433 a. u.

§. 18. Weil die Verleihung des jus edicendi summum an den Prätor urbanus die Uebertragung der civilrechtlichen potestas legum interpretandarum des Pontifex Maximus an das Organ der neuen

Alterth. I. S. 758, und in der 2. Aufl. seiner Römischen Geschichte auch noch Mommsen I. S. 405 in das Jahr 465. Auf die in der neuesten Zeit über diese Zeitbestimmung rege gewordenen Zweifel werde ich bald zurückkommen.

21) L. 2. §. 29 et 30 D. de orig. jur.: Deinde quum necessarius esset magistratus, qui haestae praeesset, decemviri litibus judicandis sunt constituti. §. 30: Eodem tempore . . . et tresviri capitales — — (scil. sunt constituti).

Rechtsetzung und somit auch die Trennung des Sacralrechts vom Civilrecht zur nothwendigen Folge haben musste, so ist jenes Jahr als das erste Jahr der Reform zu bestimmen, in welchem der Civilprocess sein sacrales Element verlor, und dem entsprechend auch die poenae temere litigantium dem Einflusse der Pontifices entzogen und der Competenz der tresviri capitales zugewiesen wurde. Dieses Jahr aber ist nach Festus das Jahr der lex Papiria, deren Wortlaut oben mitgetheilt wurde. Durch den Wortlaut wird nun der Prätor „qui posthac erit, qui inter cives jus dicet" beauftragt, tresviros capitales populum rogare. Es ist bekannt, dass die Rogatio des Magistrats und die bejahende Antwort der Volksversammlung den Act der creatio eines Magistrats bildeten. Es fragt sich also, in welchem Jahre die tresviri capitales — mögen sie früher unter einem anderen Namen bestanden haben oder nicht — zuerst creirt wurden. Hierüber aber heisst es bei Livius epitom. XI: Triumviri capitales tunc primum creati sunt, und diese Nachricht steht zwischen dem Triumphe des Curius Dentatus im Jahre 464 d. St. und der Dictatur des Hortensius im Jahre 467 d. St. verzeichnet, folglich kann nach dieser Angabe die in Rede stehende Creatio der tresviri capitales wohl nur im Jahre 465 d. St. statt gefunden haben. Da aber der Wortlaut derselben lex Papiria, welcher den Prätor zur Rogation der tresviri capitales auffordert, auch das exigere und judicare an die so creirten tresviri capitales überträgt, so muss auch die Beseitigung des Einflusses der Pontifices auf die poenae temere litigantium in dasselbe Jahr 465 d. St. versetzt werden. Da aber diese Beseitigung nur als eine Folge der Trennung des Sacralrechts vom Civilrecht und der Pontifices von der Civilrechtspflege erscheint, so muss auch die Verleihung des jus edicendi summum und die Uebertragung der potestas juris civilis interpretandi an den Prätor urbanus in das Jahr 465 d. St. gesetzt werden.

Das Jahr 465 ist also als das erste Jahr der in Rede stehenden Reform der Civilrechtspflege zu betrachten.

Ich habe nun die Zweifel zu berücksichtigen, welche in neuester Zeit über das Jahr der lex Papiria angeregt wurden.

Den Anlass dazu musste der Wortlaut der lex Papiria bieten, weil er vom praetor, „qui inter cives jus dicet" spricht, und damit bereits den praetor, „qui inter cives et peregrinos jus dicit" voraussetzt, die Errichtung der s. g. Fremdenprätur aber jetzt entweder in das Jahr 507, oder 511 oder 512 d. St. gesetzt wird. Aus diesem Grunde wird nun die lex Papiria jetzt von Rudorff[1]),

1) R.G. I, S. 368.

Bethmann-Hollweg[2]) und Danz[3]) hinter das Jahr 507, und zwar von Danz nach dem Vorgange Rudorffs[4]) in das Jahr 511 gesetzt. Mommsen, welcher noch in der zweiten Auflage seiner Geschichte (1856) dieses Gesetz mit Becker, Lange u. s. w. in das Jahr 465 gesetzt hatte, macht jetzt in der fünften Auflage seiner Röm. Geschichte[5]) folgende Bemerkung: „die früher aufgestellte Behauptung, dass diese Dreiherrn bereits der ältesten Zeit angehören, ist desswegen irrig, weil der ältesten Staatsordnung Beamten-Collegien von ungerader Zahl fremd sind. Wahrscheinlich ist die gut beglaubigte Nachricht, dass sie zuerst 465 ernannt wurden (Livius epit. XI.) einfach festzuhalten, und die auch sonst bedenkliche Deduction des Fälschers Licinius Macer (bei Livius IX, 46, VII ein Druckfehler), welcher ihrer vor 450 Erwähnung thut, einfach zu verwerfen. Anfänglich wurden ohne Zweifel, wie dies bei den meisten der späteren magistratus minores der Fall gewesen ist, die Dreiherrn von den Oberbeamten ernannt; das papirische Plebiscit, das die Ernennung derselben auf die Gemeinde übertrug und zugleich ihre Competenz auf die Eintreibung der Processbussen erstreckte, ist auf jeden Fall, da es den Prätor nennt, qui inter cives jus dicit, erst nach der Einsetzung der Fremdenprätur, also frühestens gegen die Mitte des sechsten Jahrhunderts erlassen."

Die Bestimmung der Zeit der hier in Rede stehenden Reform und die damit im Zusammenhange stehende Bestimmung der Zeit der Einsetzung des zweiten Prätors ist für die Geschichte des römischen Civilrechts von einer so tief greifenden Bedeutung, dass ohne sie eine wirkliche Einsicht in die Entwicklung des römischen Civilrechts geradezu unmöglich wird; ich sehe mich also genöthigt, meine Untersuchungen über diese Reform zu unterbrechen und die Geduld des Lesers für die verwickelte Frage über die Zeit der Errichtung der zweiten Prätur und somit auch über die Zeit der lex Papiria in Anspruch zu nehmen.

Ich habe schon oben bemerkt, dass für die mir vorliegende Frage es unerheblich ist, ob die tresviri capitales vor dem Jahre 465 schon existirten oder nicht; nicht so verhält sich zur vorliegenden Frage aber Mommsens Vorschlag, die Ernennung der tresviri capitales auf Grund von Livius, Epitom. XI für das Jahr 465 festzuhal-

---

2) Civilpr. I. S. 122, Note 2.
3) Ztsch. für R.G. VI. Bnd. 3. Hft. 1867 S. 378.
4) R.G. I. S. 104.
5) I. Bnd. S. 438, Note 1.

ten, die Erweiterung ihrer Competenz, also die Uebertragung des exigere und judicare sacramenta aber frühestens in die Zeit von 550 zu versetzen. Ich finde diesen Vorschlag bedenklich, weil Livius epitom. XI dieselbe creatio meldet, welche die Papiria durch den Ausdruck „rogare" andeutet, der Wortlaut des Gesetzes aber diese creatio der tresviri mit der von Mommsen vermutheten Erweiterung ihrer Competenz untrennbar verbindet. Diese Nachrichten sind also entweder beide zu verwerfen, oder beide, wie sie vorliegen, für glaubwürdig zu halten. Weil aber den zweiten Prätor nicht bloss die lex Papiria, sondern auch die oben besprochenen Stellen des Pomponius und Gellius kennen, so müsste Mommsen folgerichtig auch seine Angabe über die Zeit der Erweiterung des ager Romanus, über das Sinken des Einflusses der Comitien und den gesteigerten Einfluss des Senates nicht in die Zeit der lex Hortensia, sondern ebenfalls erst um das Jahr 550 verlegen. Als den bestimmenden Grund seiner Ansicht gibt Mommsen ausdrücklich die jetzt allgemein gebilligte Annahme, dass die Errichtung der zweiten Prätorstelle erst in die ersten Jahre des sechsten Jahrhunderts d. St. zu setzen ist. Ich habe also hier nicht Mommsens Ansicht, sondern vielmehr die Quellen zu prüfen, auf welchen die bisherige Annahme beruht, dass der zweite Prätor erst in den ersten Jahren des sechsten Jahrhunderts eingesetzt wurde.

Auf Grund der in der Note 11 S. 148 des ersten Theils seiner Rechtsgeschichte angeführten Stellen setzt Rudorff die Errichtung der zweiten Prätur in das Jahr 507, mit zweifelnder Berücksichtigung des Jahres 505; Becker[6]) um das Jahr 511; Lange[7]) zwischen 507 und 512, wobei nur zu constatiren ist, dass Becker und Lange die Notiz bei Gellius X, 6 nicht berücksichtigen. Die hier berührten Stellen lauten:

1) Liv. epitom. lib. XIX: Cum Poenis captivorum commutatio facta est. Coloniae deductae sunt Fregenae (im Jahre 509), in agro Sallentino Brundisium (im Jahre 510, Mommsen a. a. O. I. 2, S. 554). Lustrum a censoribus conditum est. Censa sunt civium capita ducenta quinquaginta unum millia, ducenta viginti duo. Claudia, soror P. Claudii, qui contemtis auspiciis male pugnaverat, a ludis revertens, quum turba premeretur, dixit: Utinam frater meus viveret, iterumque classem duceret! Ob eam causam multa ei dicta est. Duo praetores tum primum creati sunt. Caecilius Metellus pontifex Maximus A. Postumium consulem, quoniam idem et flamen Martialis erat, quum is ad bellum gerendum proficisci vellet,

6) Alterth. II. 2. S. 183. 7) Alterth. I. S. 659.

in urbe tenuit, nec passus est a sacris decedere (im Jahre 512 d. St. Becker a. a. O.). Rebus adversus Poenos a pluribus ducibus prospere gestis summam victoriae C. Lutatius consul victa ad Aegates insulas classe Poenorum imposuit (im Jahre 512).

Zu dieser Stelle bemerkt Becker a. a. O.: Die Erwähnung (der Einsetzung der Fremdenprätur) geschieht nach dem Census des Jahres 507 und vor dem Consulat des Catulus und Postumius im Jahre 512.

2) Die Stelle bei Gellius X. 6 gehört hieher, weil sie von der der Claudia auferlegten multa spricht und dann angibt: Id factum esse dicit Capito Ateius in commentario de judiciis publicis bello Poenico primo Fabio Licinio et Ottacilio Crasso consulibus (im Jahre 507).

Auf Grund dieser Nachricht hatte Huschke (Incerti auct. magist. disp. p. 75) zuerst die Errichtung der Fremdenprätur in das Jahr 507 gesetzt.

3) Joannes Lydus de Magist. I 38. 45: *'Επὶ δὲ τοῦ τρίτου καὶ ἑξηκοστοῦ καὶ διακοσιοστοῦ τῶν ὑπάτων ἔτους ἕτερος προςεβλήθη πραίτωρ, ὥστε τοῖς ξένοις διαιτᾶν*: d. h. Im Jahre 263 des Consulats kam ein zweiter Prätor hinzu für die Fremdengerichte.

Zu dieser Angabe des Lydus bemerkt Becker a. a. O: Das Jahr, welches Lydus angibt, ist 507, allein sicher lässt sich nicht darauf bauen (obwohl diese Angabe sich in 38. u. 45. vorfindet). Fabius war im Jahre 537 Dictator, Lydus aber gibt wiederholt das Jahr 534 an, und zählt daher wenigstens die Jahre anders.

4) Pomponius L. 2. §. 27. D. de orig. jur.: Quumque consules avocarentur bellis finitimis, neque esset, qui in civitate jus reddere posset, factum est, ut praetor quoque crearetur, qui urbanus appellatus est, quod in urbe jus diceret. (im J. 387). **Post aliquot deinde annos**, non sufficiente eo praetore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est alius praetor qui peregrinus appellatus est ab eo, quod **plerumque** inter peregrinos jus dicebat.

Ehe ich zur Prüfung dieser von einander abweichenden Angaben schreite, habe ich vorerst hervorzuheben, dass unter den angeführten Berichterstattern über die Zeit der Einsetzung des zweiten Prätors nur allein Pomponius die älteste Geschichte der römischen Magistraturen sich zum Gegenstande besonderer Studien gemacht und dabei die besten Quellen (Varro) benützt hatte, ein Umstand, welcher für sich allein den abweichenden Angaben der beiden anderen Gewährsmänner jedes Gewicht benimmt. Sodann entspricht der Bericht des Pomponius über die Einsetzung des zweiten

Prätors so sehr den ursprünglichen Geschäftskreisen der höheren Magistrate Roms und den Bedürfnissen der römischen Herrschaft in der ersten Hälfte des fünften Jahrhunderts der Stadt, dass man gezwungen wäre, die Einsetzung des zweiten Prätors nur „einige Jahre" nach der Gründung der ersten Prätorsstelle anzunehmen, auch wenn sich der Bericht des Pomponius nicht erhalten hätte. Als nämlich in Folge der Kriege im vierten Jahrhundert d. St. bald der eine, bald der andere Consul in's Feld rücken musste (cum consules avocarentur bellis finitimis, Pomp.) fiel dem zurückgebliebenen Consul [7a]) die ganze politische Verwaltung sowie die Straf- und Civilgerichtsbarkeit sowohl innerhalb als ausserhalb der Stadt und ihrer Bannmeile zu (vgl. Zumpt Röm. Crim. R. I. 2, S. 111), mochten auch die Localbehörden einzelner Städte für minder wichtige Processe competent gewesen sein. Was nun die judicia legitima innerhalb der Stadt und ihrer Bannmeile betrifft, so hatte der zurückgebliebene Consul die Instruction aller Processe, die Bestrafung aller zweifellosen Verbrechen (crimina manifesta); den Vorsitz in den Volksgerichten über Capitalverbrechen (wenn diese crimina nec manifesta waren), und weil die Decemviri litibus judicandis erst in der zweiten Hälfte des fünften Jahrhunderts eingesetzt wurden, auch den Vorsitz und die Leitung der Geschwornen-Decurien des Civilprocesses. Die judicia imperio continentia (mit dem Imperium zusammenhängende, vgl. Plaut. Stich. v. 452; Miles, v. 467), waren nicht auf die Stadt und ihre Bannmeile beschränkt, sondern sie reichten soweit als die bereits erweiterten Gränzen der römischen Herrschaft. Als nun die Kriege rasch auf einander folgten und das Gebiet der römischen Herrschaft sich noch mehr erweiterte, konnten die Consuln allen diesen Aufgaben nicht mehr genügen, wesshalb man sich entschliessen musste, wenigstens für die verfassungsmässigen Gerichte in der Stadt und innerhalb der Bannmeile, oder die judicia legitima, einen auf die Stadt und ihre Bannmeile beschränkten Amtskreis (provincia urbana) zu bilden, und diesen den Patriciern vorzubehalten, zumal die lex Licinia den Plebejern auch das Consulat zugänglich gemacht hatte. Die provincia des ersten Prätors reichte also nur so weit als die judicia legitima reichten: Livius VI, 42: Concessum — a plebe

---

7a) Wenn beide Consuln in's Feld rückten, was in ältester Zeit Regel war, bestellten sie einen praefectus urbi jure dicundo. Der letzte consularische, nicht feriarum Latinarum causa, bestellte praefectus urbi, den die Annalen nennen, ist jedoch schon Q. Fabius Vibulanus im Jahre 297. Mommsen, röm. Staatsr. I, S. 169. Note 2.

nobilitati de praetore uno, qui in urbe jus diceret, de patribus creando. Pomponius a. a. O.: praetor — qui urbanus appellatus est ab eo, quod in urbe jus diceret. Lex agrar. v. 47: Praetor, qui inter cives Romae jous deicet. Censorinus 24, 3: M. Plaetorius tribunus plebiscitum tulit, in quo est: Praetor urbanus — — duo lictores apud se habeto, jusque ad supremam inter cives dicito. Ironisch überträgt Cicero in Verrem II. lib. I, c. 51, §. 136 die Vorstandschaft des Verres in den verfassungsmässigen Gerichten auf dessen Buhlin Chelidon: statuunt — petere auxilium a Chelidone, quae isto praetore non modo in jure civili privatorumque omnium controversiis populo Romano praefuit, sed etiam in his sartis tectisque (bei der Instandhaltung eines Tempels), und in der Schrift de legibus III 4, 7 glaubt er nur den Amtskreis des Prätor urbanus gesetzlich feststellen zu müssen. Als Sulla den Prätor urbanus und peregrinus auf die Civilgerichtsbarkeit beschränkt, und die Strafgerichtsbarkeit sechs neuen ordentlichen Prätoren übertragen hatte[8]), wies er der quastio über Verbrechen gegen die Sicherheit der Person und ihres Lebens zwei Prätoren zu[9]), gab aber einem der letzteren diese Strafgerichtsbarkeit in der Stadt sogar mit örtlicher Beschränkung der Gerichtszuständigkeit: (Capite primo legis Corneliae de siccariis cavetur ut): Is praetor judexve quaestionis, cui sorte obvenerit quaestio de siciariis ejus, quod in urbe Roma propiusve mille passus factum sit, uti quaerat — — (Collatio I. 3), worauf vom Verfasser der Collatio Ulpians Citat des weitern Inhalts dieses Capitels ausdrücklich als Wortlaut der lex Cornelia hervorgehoben, und von Ulpians Erläuterung dieser Stelle des Gesetzes genau unterschieden wird[10]). Weil also der Prätor urbanus auf die urbana provincia beschränkt war, so fielen die judicia imperio continentia ausserhalb derselben auch nach der Einsetzung der Stadtprätur noch immer den Consuln zu, wie diese als Feldherrn ausserhalb der Bannmeile die Jurisdiction über die Soldaten sowohl in Civil- als Strafprocessen noch in der spätesten Zeit ausübten. War also ein Consul in's Feld gezogen, der Zurückgebliebene aber erkrankt, oder sonst verhindert, so ging das „munus consulare" auf den Prätor urbanus über[11]), wesshalb dieser

---

8) Zumpt. Crim. R. II. 2. S. 155. — 9) Zumpt a. a. O. S. 159.

10) z. s. auch Bruns, Fontes Jur. R. edit. 2, pag. 70; und über den Bezirk der jud. legitima Böcking zu Gaius IV. 104 (ed. 5).

11) Cicero ad fam. X. 15, 15: Placuit nobis, ut statim ad Cornutum praetorem urbanum litteras deferremus, qui, quod consules aberant, consulare munus sustinebat more majorum. Livius 24, 9: Comitiis praetorum

in einem solchen Falle im Senate den Vorsitz und die ganze politische Verwaltung zu führen, daneben aber alle Processe zu instruiren, die Strafgerichtsbarkeit über crimina manifesta auszuüben, den Volksgerichten über Capital-Verbrechen und den Geschwornen-Decurien des Civilprocesses zu präsidiren und dazu noch die ganze vorbeugende Rechtspflege (interdicta) zu handhaben hatte. Und wenn er dies Alles that, so existirte dennoch im gesetzten Falle für die judicia imperio continentia ausserhalb der Bannmeile gar kein magistratus cum imperio.

Für die Dauer konnte also der Prätor urbanus in Folge dieser Ueberbürdung auch bei normalen Verhältnissen nicht ausreichen (non sufficiente eo praetore, Pomp.), wie soll er ausgereicht haben, als ausserordentliche Verhältnisse eintraten und sogar beide Consuln ins Feld ziehen mussten, in welchem Falle dem Präter urbanus für die ganze Dauer der Abwesenheit der Consuln die gesammte Verwaltung des Staates und alle Jurisdictionsgeschäfte innerhalb der Bannmeile zufielen, für die judicia ausserhalb derselben aber gar kein magistratus cum imperio vorhanden war. Die Einsetzung des zweiten Prätors, bloss in der Eigenschaft eines vierten magistratus cum imperio mit der Bestimmung, den einen oder anderen der schon vorhandenen höheren Magistrate zu ersetzen, war also jetzt zwingende Nothwendigkeit, sobald beide Consuln militärische Oberbefehle erhalten hatten. Dieser Fall trat aber jetzt im vierten Jahre des zweiten Samniterkrieges ein: es liegt also die zwingende Folge vor, die Einsetzung des zweiten Prätors in das Jahr 433 d. St. zu setzen, womit, wie ich bald zeigen werde, auch die Nachricht des Pomponius übereinstimmt. Die von Gaius IV, 104 angegebene Beschränkung der judicia legitima auf die Stadt Rom und ihre Bannmeile nimmt auch Mommsen (röm. Staatsr. I. S. 98) als eine ursprüngliche an: daraus folgt aber, dass auch ihr von Gaius IV, 105 erwähnter Gegensatz: in ea causa (scil. judiciorum, quae imperio continentur) sunt quaecunque extra primum urbis Romae miliarium tam inter cives, quam inter peregrinos accipiuntur, für einen schon ursprünglich vorhandenen zu halten ist. Weil es nun in ältester Zeit, ausser den richterlichen Magistraten in Rom für Italien keinen Gerichts-Beamten cum imperio gab, so müssen die judicia imperio continentia extra primum urbis Romae

---

perfectis senatusconsultum factum est, „ut G. Fulvio extra ordinem urbana provincia esset, isque potissimum consulibus ad bellum profectis, urbi praeesset.

miliarium seit der Einsetzung der praetura urbana noch immer den Consuln, seit der Einsetzung des zweiten Prätors aber diesem zugewiesen gewesen sein. Weil der zweite Prätor also in einer Zeit eingesetzt wurde, in welcher beide Consuln im Felde waren, der Prätor urbanus also beide Consuln für die ganze Dauer des Feldzugs zu ersetzen hatte, so musste jener sofort die judicia imperio continentia ausserhalb der Bannmeile übernehmen, zugleich aber den Prätor urbanus in den judiciis legitimis unterstützen [11a]. Seine ursprüngliche Jurisdiction war also nicht auf die Processe unter Bürgern und Fremden, oder wohl gar nur unter Fremden allein beschränkt, sondern wie er noch später den Vorsitz in den Gerichten über die nach der lex Sempronia zu bestrafenden Amtsverbrechen der Senatoren, also der vornehmsten Bürger, führte [12], so stand ihm ursprünglich auch die Jurisdiction über die Bürger sowohl in Civil- als in Strafprocessen zu, sobald der Prätor urbanus verhindert war. Darum beschränkt Pomponius seine Jurisdiction ausdrücklich nicht auf die Fremden, wiewohl ihm die judicia imperio continentia, namentlich jene ausserhalb der Bannmeile zugewiesen waren, sondern Pomponius sagt ganz zutreffend: quod plerumque inter peregrinos jus dicebat. Gerade wegen dieser seiner Competenz für die judicia imperio continentia auch ausserhalb der Bannmeile konnte der zweite Prätor auch in Provinzen die Jurisdiction ausüben. Hiedurch erklärt sich, warum Gellius in XX. 10 zur Zeit der propagatio finium Italiae vel agri Romani die zweite Prätur schon als vorhanden darstellt und auch den zweiten Prätor mit jener Art der Instruction der legis actio in rem per sacramentum in Verbindung bringt, welche vor der Verleihung jener neuen Jurisdictionen in Uebung war, welche dem Prätor urbanus eine so bevorzugte Stellung gaben. Dass aber Gellius unter „praetores" wirklich auch den zweiten Prätor versteht, das zeigt ausser dem schon oben besprochenen Plural „jurisdictionibus" auch seine Begründung der Ueberhäufung der Prätoren mit Amtsgeschäften (negotiis occupati) durch die Verleihung der erwähnten neuen Jurisdictionen. Diese Verleihung wird von ihm als ein einziger Act dargestellt. Weil es aber auch in dem Jahre, in welchem der Act dieser Verleihung vollzogen worden war, nur Einen Prätor urbanus gegeben haben kann, so können unter diesen mit Jurisdictionen betrauten und durch sie überbürdeten Prätoren nur jener Prätor urbanus und

---

11a) Ueber die willkürliche Mandirung der Jurisdiction in der Hauptstadt an die Collegen des Mandaten z. s. Mommsen röm. Staatsr. I. S. 187.

12) Zumpt Crim. R. II. 2. S. 135.

peregrinus verstanden werden, welche im Jahre dieser Verleihung im Amte waren. Die besprochene Stelle des Gellius stimmt also mit Pomponius vollkommen überein. Weil aber im Jahre 465 wegen des regen Verkehrs der römischen Bürger mit Fremden der zweite Prätor jedenfalls schon vorwiegend unter Bürgern und Fremden die Gerichtsbarkeit auszuüben hatte, so konnte auch die lex Papiria den Prätor urbanus als jenen Prätor bezeichnen, qui inter cives jus dicit.

Ich habe nun noch die Angaben des Epitomator des Livius und des Joannes Lydus näher zu betrachten.

Wenn vorerst auf Grund von Livius, epitom. XIX das Jahr 507 als das Jahr der Einsetzung der Fremdenprätur angenommen wird, so wird dabei vorausgesetzt, dass der Epitomator des Livius, als er die Worte „duo praetores tum primum creati sunt" an seine Bemerkung über den Census vom Jahre 507 und über die Multa der Claudia anschloss, dies wirklich mit dem Bewusstsein that, dass die erwähnten beiden Thatsachen in das Jahr 507 fallen. Allein dass er dieses Bewusstsein nicht hatte, zeigt der Umstand ganz deutlich, dass er diese Thatsachen zwischen seine Angaben über die Gründung der Colonie Brundisium (510) und den Sieg des Lutatius Catulus (512) einschob. Der Epitomator des Livius kann sich also als Jahr der Einsetzung der zweiten Prätur nicht das Jahr 507, sondern nur 511 gedacht haben. Dass nun im Jahr 511 ein zweiter Prätor gewählt worden war, ist nicht zu bezweifeln, da uns sogar sein Name überliefert ist. Als nämlich, wie auch der Epitomator des Livius meldet, der Pontifex Maximus Caecilius Metellus den Consul Aulus Postumius wegen seiner Priesterwürde nach Sicilien nicht in's Feld ziehen liess, musste der zweite Prätor Q. Valerius Falto mit militärischem Commando nach Sicilien geschickt werden. Dies geschah im Jahre 512. (Zonaras VIII 17, Valerius Maximus II, 8, 2). Da nun die erwählten Magistrate ihr Amt nicht also gleich antraten, nach Mommsen [13]) auch das Amtsjahr aus den ungleichen Theilen zweier bürgerlicher Jahre bestand, so war Q. Valerius Falto wirklich schon im Jahre 511 gewählt worden. Der Epitomator des Livius meint also die Wahl des Q. Valerius Falto. Diese Wahl wurde hinterher ohne Zweifel nur desshalb angegeben, weil des Q. Valerius Falto Commando mit zwei Thatsachen in untrennbarem Zusammenhange stand, welche die römischen Annalisten als besondere Merkwürdigkeiten vielfach hervorhoben, nämlich mit dem im Auftreten des Pontifex Maximus Caecilius Metellus gegen den Consul

13) Röm. Gesch. I. S. 251, röm. Staatsr. I. S. 480, 490—493.

Aulus Posthumius gelegenen wichtigen Praecedenzfall und mit dem späteren Ehrenhandel des G. Valerius Falto mit dem Consul Lutatius Catulus über die Frage des Sieges und des Triumphes (Valerius Maximus II, 8, 2). Ohne diese Nebenumstände wäre wohl auch Valerius Falto und seine Wahl nicht erwähnt worden, und die Einsetzung des zweiten Prätors hätte somit in eine noch spätere Zeit gesetzt werden müssen.

Diese Annahme findet eine directe Bestätigung durch die Angabe, wornach Sicilien schon seit 513 von einem Prätor verwaltet wurde [13a]). Da aber nach Livius epit. XX und Pomponius L. 2. §. 32. D. de orig. jur. die Zahl der Prätoren erst im Jahre 527 von zwei auf vier erhöht wurde [14]), so kann unter jenem Prätor, welchen Appian schon im Jahre 513 Sicilien verwalten lässt, nur Einer der beiden Prätoren verstanden werden, wobei natürlich nicht an den Prätor urbanus gedacht werden kann. Damit aber wird das Resultat Niebuhr's [15]) gewonnen, wornach der zweite Prätor zugleich die Verwaltung Siciliens führte, bis die Zahl der Prätoren auf vier erhöht wurde. Wenn aber der zweite Prätor während und nach dem ersten punischen Kriege auch die Consuln zu unterstützen hatte, so kann das Bedürfniss dieser Unterstützung nicht erst in der Zeit des ersten punischen Krieges entstanden sein, weil die Römer in dieser Zeit die gefährlichsten Krisen, nämlich die des Samniterkrieges, bereits überstanden hatten. Die Wahl des Q. Valerius Falto wurde also hinterher desshalb als erste Wahl eines zweiten Prätors angenommen, weil dieser zweite Prätor zuerst durch die obenerwähnten Nebenumstände seines Commandos in der Geschichte genannt worden war. So lässt sich auch die Differenz in den Angaben des Epitomator des Livius und Joannes Lydus erklären. Da nämlich des Lydus Angabe über die Dictatur des Fabius um drei Jahre differirt, so hat Lydus wohl nur die in das Jahr 510 beziehungsweise 511 fallende Wahl des Q. Valerius Falto gemeint, und diese Wahl als die erste Wahl eines zweiten Prätors angegeben. Allein, wie schon bemerkt wurde, das Bedürfniss eines vierten magistratus cum imperio kann sich nicht erst im Jahre 510 oder 511 oder gar erst nach der Eroberung von Sicilien, ja überhaupt nicht erst im sechsten Jahrhundert der Stadt geltend gemacht haben, da

---

13a) Appian. Sic. 2. *φόρους τε αὐτοῖς ἐπέθεσαν καὶ τέλη τὰ θαλάσσια ταῖς πόλεσι μερισάμενοι στράτηγον ἐτήσιον ἔπεμπον ἐς Σικελίαν*. vgl. Becker-Marquardt, Röm. Alterth. III. 1. S. 74.

14) So auch Mommsen Röm. Gesch. I. 2. S. 550.

15) Röm. Gesch. III. S. 732.

wir wissen, dass Rom schon im Jahre 488 d. St. als italische Grossmacht da stand, und sein Machtgebiet schon in dieser Zeit von der Südspitze Italiens bis zu den Flüssen Rubicon und Macra im Norden reichte. Wie nun die anderen Nachrichten des Pomponius anderweitige Bestätigung fanden, so entspricht auch seine Nachricht über die Einsetzung des zweiten Prätors sowohl den inneren als äusseren Verhältnissen Roms. Schon im Jahre 408 d. St. finden wir dem Stadt-Prätor L. Pinarius neben dem Consul Camillus ein militärisches Commando übertragen (vgl. aber Mommsen, röm. Staatsr. I. S. 176, Note 3); dasselbe gilt vom Prätor L. Caecilius im Jahre 471 (Livius VII, 25, epit. 12). Vom Prätor Q. Valerius Falto war so eben die Rede. Im zweiten punischen Kriege erhielten einmal sogar beide Prätoren militärische Aufträge (Livius 23, 32 vgl. 27, 7). „Die Verwendung der beiden richterlichen Prätoren für den Krieg, schreibt Lange [16]), ward aber in der Regel überflüssig, als in Folge der Ausdehnung des römischen Herrschaftsgebietes ohnehin die beiden Consuln für die Kriegführung und die dauernde Occupation ausseritalischer Besitzungen nicht genügten und das Bedürfniss nach einer grösseren Zahl von Magistraten cum imperio eintrat," (im Jahre 527).

Ich habe nun noch die allgemeine Zeitbestimmung des Pomponius für die Einsetzung des zweiten Prätors mit dem Resultate in Einklang zu bringen, zu welchem ich oben gelangt bin.

Vor allem ist hervorzuheben, dass Pomponius mit grossen Zeiträumen zu thun hat, und dass somit bei ihm Ausdrücke, wie „fere, post aliquot annos, non post multum temporis" von diesem Standpunkte aus beurtheilt werden müssen. Zur Bestimmung der Dauer des Einflusses der Pontifices auf das Civilrecht nach der Decemviralgesetzgebung gebraucht er die Wendung „ungefähr (fere) hundert Jahre". Wie erwähnt, lässt auch die herrschende Ansicht den Einfluss der Pontifices auf das Civilrecht um das Jahr 450 aufhören, während sich nach meinen Untersuchungen das Jahr 465 herausstellt. Unter dem „ungefähr (fere)" des Pomponius dürfte also etwa ein halbes Jahrhundert zu verstehen sein. Das jus Flavianum wurde im Jahre 450, das jus Aelianum um das Jahr 550 publicirt, dennoch aber sagt Pomponius über die Zeit der Publication des letzteren im Verhältniss zur Publication des ersteren im §. 7 nur: „non post multum temporis", woraus ersichtlich ist, dass Pomponius, welcher über Jahrhunderte Bericht zu erstatten hatte, ein ganzes Jahrhundert als kein longum tempus betrachtete. Ich

16) Alterth. I. S. 660.

glaube also in Anbetracht dieser Redeweise des Pomponius unter seinem Ausdruck „post aliquot annos" ungefähr das verstehen zu dürfen, was ich so eben unter „fere" verstand, nämlich ein halbes Jahrhundert. Werden nun 50 Jahre zu 387 (Zeit der Errichtung der Prätura urbana) gerechnet, so erhält man das Jahr 437 als das Jahr der Einsetzung des zweiten Prätors, was im Vergleich mit meiner Zeitbestimmung (433) nur die unerhebliche Differenz von 4 Jahren ergibt. Die Einsetzung des zweiten Prätors ist also auch nach Pomponius in jenes Jahr zu setzen, in welchem Rom erleben musste, was es bis dahin nicht erlebt hatte, und wovon es auch später alle Jahrhunderte verschont blieb, dass seine beiden Consuln, Spurius Postumius und Titus Veturius die Waffen strecken, und mit ihrem entwaffneten Heere unter dem Galgen abziehen mussten, ich meine die furchtbare Katastrophe in dem Passe von Caudium im Jahre 433, also ein Jahr, in welchem Rom im zweiten Samniterkriege mit dem Aufgebot aller Kräfte um seine Existenz zu kämpfen hatte.

Ich glaube also meine Behauptung, dass die lex Papiria, nach der bisherigen Annahme in das Jahr 465 zu setzen, und dieses Jahr als das erste Jahr der grossen Reform zu betrachten ist, aufrecht halten zu müssen. —

Bestimmung des Verfassungsgesetzes, durch welches dem Prätor urbanus und peregrinus die neuen Jurisdictionen im Sinne der potestates edicendi summae verliehen wurden, in Folge davon aber auf den Prätor urbanus auch die civilrechtliche potestas legum interpretandarum des Pontifex Maximus und die Vorstandschaft des delegirten Pontifex in den Civilgerichten übertragen werden mussten.

Vorbemerkungen.

§. 19. Die legislative Methode der römischen Juristen der ältesten Zeit, also der Pontifices, lässt sich an der Decemviralgesetzgebung genau erkennen. Dass die Schule der Pontifices in der Zeit, von welcher ich spreche, ihren Einfluss nicht eingebüsst haben konnte, leuchtet aus den bisherigen Darlegungen ihrer Wirksamkeit ein; wir sehen ihren Einfluss sogar erst im Zeitalter Cicero's schwinden. Es ist somit kein Zweifel, dass auch jetzt, wo einerseits die Decemviralgesetzgebung fortzuführen, andererseits aber eine

Reform in der Civilrechtspflege unabweislich geworden war, jener Vorgang beobachtet wurde, welcher bei der grundgesetzlichen Legislation eingehalten wurde, mit dem Unterschiede, dass es sich jetzt nur mehr um die Fortentwicklung des jetzt zum Abschluss gelangten grundgesetzlichen Civilrechts handelte. Die Decemvirn hatten nun erhalten 1) die potestas legum interpretandarum, 2) die potestas legum corrigendarum, 3) die potestas legum supplendarum. Wie sie diese potestates im Gebiete des Civilrechts verwerthet hatten, habe ich oben gezeigt, und ebenso dürfte es nach den bisherigen Ergebnissen feststehen, dass diese Methode der Legislation sich als eine sehr praktische und segensreiche erwies. Es ist also anzunehmen, dass die römischen Juristen ihr bewährtes Princip auch jetzt zur Geltung brachten, freilich mit jener Modification, welche ihnen die bereits gesicherten Grundlagen des Civilrechts und die Bedürfnisse dieser Zeit geboten. Es ist also kein Zweifel, dass jene drei potestates, die einander gegenseitig bedingen, jetzt in modificirter Weise an die richterlichen Magistrate übertragen wurden. Damit ist aber auch das Verfassungsgesetz angedeutet, welches jene grosse Reform vollzog. Ich trage kein Bedenken, den Beweis zu übernehmen, dass dieses Gesetz die lex Aebutia war. Ueber die Zeit und den Inhalt dieses Gesetzes sind aber bisher ganz andere, von einander abweichende Ansichten ausgesprochen worden, wesshalb ich zunächst diese in Kürze zu berücksichtigen habe.

Die Ansichten über die Zeit der lex Aebutia.

§. 20. Es wurde lange Zeit mit Sicherheit angenommen, dass im Jahre 520 ein Volkstribun Aebutius existirt hätte, und dass die lex Aebutia diesem Volkstribun angehörte, also in das Jahr 520 zu setzen sei. Allein die Existenz und das Volkstribunat dieses Aebutius erweist sich bei näherer Untersuchung als eine V e r m u t h u n g des Pighius, die aller geschichtlichen Wahrheit entbehrt. Die Vermuthung des Pighius hatte Burchardi in sein Lehrbuch der Institutionen (I. §. 25) aufgenommen, und von hier aus fand sie, wohl nur aus Mangel eigentlicher Anhaltspunkte, nicht nur Eingang in die gewöhnlichen Lehrbücher, sondern sie erhielt sogar, weil lange Zeit geglaubt, eine gewisse durch ihr Alter geheiligte Auctorität.

Es hat nun zwei Familien der Aebutier gegeben, eine patricische und eine plebeische. Aus der patricischen werden vom Jahre 255 bis 586 d. St. fünf Aebutier genannt, weiter kommen von 586 bis 710 zwölf Aebutier ohne Cognomen vor, wie überhaupt dieser Name auf Münzen noch aus der spätesten Zeit vorkommt, so dass aus dem

Vorkommen desselben in dieser oder jener Zeit überhaupt kein Schluss auf die Zeit zulässig ist [1]).

Puchta [2]) setzt dies Gesetz wegen der lex Cincia de donis et muneribus vom J. 550 d. St. in die erste Hälfte des 5. Jahrh., weil diese lex schon eine vollkommene Entwicklung der Macht der richterlichen Magistrate voraussetze. Allein weil Puchta diese Macht der richterl. Magistrate aus dem ursprünglichen Imperium derselben von selbst sich entwickeln lässt, so ist auch mit der lex Cincia kein Anhaltspunkt für die nähere Bestimmung der Zeit der lex Aebutia gegeben. Rudorff [3]) und Bethmann-Hollweg [4]) setzen die lex Aebutia wegen der Publication des jus Aelianum (um das Jahr 550) hinter das Jahr 550 d. St., das jus Aelianum aber wird unten ausführlich als eine erst auf Grund der lex Aebutia und lex Silia vollzogene Rechtsentwicklung dargelegt werden. Keller [5]) bemerkt nur, dass die Ansichten über das Alter dieses Gesetzes vom Anfang des sechsten, bis zur Mitte des siebenten Jahrhunderts differiren, und Bekker hat seine frühere Zeitbestimmung dieses Gesetzes [6]) später [7]) dahin entwickelt, dass die lex Aebutia entweder für ein älteres Gesetz, oder für einen integrirenden Bestandtheil der Julischen Processgesetzgebung zu halten ist. Die Ansicht endlich, welche er in den „Aktionen des Röm. Pr. R. I", 1871 S. 92 vorträgt, geht dahin, dass dieses Gesetz entweder in die Zeit zwischen dem jus Aelianum und dem Beginn von Cicero's Wirksamkeit zu verlegen, oder mit den leges Juliae in Verbindung zu setzen sei.

Die Ansichten über den Inhalt der lex Aebutia.

§. 21. Die wichtige Frage über den Inhalt der lex Aebutia hat eine sehr reiche Literatur hervorgerufen [1]). Die verschiedenen Ansichten lassen sich zunächst in zwei Kategorien theilen, von denen die eine (vertreten von Huschke, Puchta, Savigny, Keller, Leist,

---

1) Pauly's Real-Encyclopaedie, zweite Auflage I. Bd. s. v. Aebutius S. 204 fg.

2) Institut. I. S. 338. — 3) R. G. I. S. 106.

4) Civilprocess II. S. 5 Note. — 5) Civilpr. 3. Aufl. S. 88.

6) Process. Consumption S. 33. 7) Zeitschr. f RG. V. S. 341—356.

1) Huschke, Incerti auct. magist. et sacerd. p. R. exposit. pag. 60; Puchta Institut. I. S. 337—351; Savigny, System V. S. 7. Anmerk. 6; Keller a. a. O. S. 87—89; Leist, Röm. Rechtssyst. S. 23 Note; Rudorff RG. II. S. 90; Bekker a. a. O. Dernburg, Kritische Zeitschr. für die gesammte RW. I. S. 470, 471; Wieding, Justin. Libellprocess S. 67 fg.; Bethmann-Hollweg Civilpr. II. S. 4, 6, 303.

Rudorff, Bethmann-Hollweg) der lex Aebutia eine grosse, die andre (vertreten von Bekker, Dernburg, Wieding) eine geringe Bedeutung zuschreibt. Das Gemeinsame der ersten Kategorie bildet die Annahme, dass dieses Gesetz die Legisactionen mit mehr oder weniger Ausnahmen aufgehoben, und ein freieres Verfahren ermöglicht habe. Im Einzelnen ist hervorzuheben, dass Huschke in gewisser Beziehung die potestas juris civilis corrigendi et supplendi der richterlichen Magistrate mit diesem Gesetze in Verbindung bringt, Rudorff es als dasjenige bezeichnet, welches dem altbürgerlichen System pontificischer Klagenbildung und legalisirter Eigenmacht (legis actiones) eine oberrichterliche Justizgesetzgebung der Prätoren substituirt habe; Bethmann-Hollweg aber diesem Gesetze die grosse Reform des Processes, den leges Juliae nur die Fortführung dieser Reform in untergeordneten Beziehungen zuschreibt. Die zweite Kategorie dieser Ansichten hatte das Gemeinsame, dass sie jegliche Aufhebung der Legisactionen durch dieses Gesetz bestritt. In neuester Zeit hat jedoch Bekker seine frühere Ansicht, dass dieses Gesetz unmittelbar nur sehr geringe Abänderungen des Verfahrens vorgeschrieben oder gestattet habe, dahin erweitert bezw. geändert, dass dies Gesetz entweder ein älteres Gesetz von geringerer und zwar derogirender Bedeutung, oder ein integrirender Theil der Julischen Processgesetzgebung gewesen sei. Dernburg stellt die „Hypothese" auf, dass gerade die Formularprocesse jene judicia legitima waren, welche auf der lex Aebutia beruhen, und Wieding betrachtet das Zeugniss der Litiscontestationszeugen als ein testimonium per tabulas datum und als solches auch als Grundlage der Verhandlungen in judicio. Dies habe auf den Gedanken führen müssen, dass die mündliche legis actio eigentlich auf einen reinen Formalismus hinauslaufe, dessen Strenge noch dazu ihre grossen Gefahren habe. Dem allgemeinen Bedürfniss sei die lex Aebutia zu Hilfe gekommen, indem sie dem Kläger die mündliche legis actio zu unterlassen gestattete, und das litigare per concepta verba zu einer verbindlichen Procedur erhob, wodurch dann ein Irrthum in der legis actio unschädlich wurde und mittelst mutatio oder emendatio bis zum Schlussact, bis zur Redaktion der tabula, nämlich der testatio, stets berichtigt werden konnte. — So viel Wahres nun auch diese Ansichten in verschiedenen Richtungen enthalten, so beruhen sie doch alle zunächst auf einer Auslegung des Gaius IV. 30, von der ich glaube, dass sie nicht nur an sich unrichtig ist, sondern auch den oben erörterten Stellen des Pomponius (L. 2. §. 8—10. D. de orig. jur.) und Gellius (XX. 10. §. 9), so wie dem Berichte des Gellius in XVI. 10. §. 6 und der Andeutung Cicero's in Verrem II lib. I. c. 45 widerspricht.

Die erwähnte Stelle des Gaius lautet: Itaque per legem Aebutiam et duas leges Julias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas, litigaremus.

Der erste Satz dieser Stelle wird in dem Sinne verstanden, dass Gaius der lex Aebutia und den leges Juliae die nämliche Function, aber getheilt zuschreibe, also, dass die lex Aebutia die einen, die leges Juliae die anderen Legisactionen (bis auf einige Ueberbleibsel) direct aufgehoben hätten. Allein davon enthält der erste Satz dieser Stelle nichts, weil Gaius, wenn er dies hätte sagen wollen, sich gewiss anders ausgedrückt, und dafür ohne Zweifel die Wendungen: aliae-aliae, oder partim-partim gebraucht hätte. Wird ferner dieser erste Satz dahin interpretirt, dass Gaius den von ihm angeführten Gesetzen hinsichtlich der Legisactionen dieselbe Function zuschreibe, dann verlangt die Folgerichtigkeit, dass auch der von Gaius angefügte Folgesatz (effectumque est, ut etc.) im gleichen Sinne ausgelegt werde, nämlich dass die lex Aebutia die einen formulae, die leges Juliae die anderen direct eingeführt hatten. Lässt sich nun auch eine theilweise Einführung der formulae unmittelbar, nicht der lex Aebutia, sondern nur dem Prätor zuschreiben, so kann auch eine theilweise Aufhebung der Legisactionen unmittelbar, nicht der lex Aebutia, sondern nur dem Prätor zugeschrieben werden. Der lex Aebutia darf also schon aus den angeführten Gründen in keiner Beziehung die nämliche Function als den leges Juliae zugetheilt werden. Für diese Auslegung sprechen aber noch andere Gründe. Wenn nämlich nicht nur Pomponius (a. a. O.) den Beginn des Edicirens in die Zeit der lex Hortensia setzt, und Cicero (in Verrem II lib. I c. 45) die Begründung des prätorischen Rechtes auf einen besonderen Act zurückführt (postquam jus praetorium constitutum est —), sondern auch Gellius (XX, 10) die Verleihung der Jurisdictionen im Sinne der potestates edicendi summae an den Prätor urbanus und peregrinus um die Zeit der lex Hortensia berichtet, so muss der lex Aebutia als eine ihr allein zukommende Function die Begründung des eigentlichen prätorischen Rechtes und in Folge dessen auch die dadurch nothwendig gewordene Trennung des Sacralrechts vom Civilrecht, also auch die Uebertragung der königlichen potestas legum interpretandarum vom Pontifex Maximus auf den Prätor urbanus zuerkannt werden. Was nun Gaius in der angeführten Stelle über die lex Aebutia sagt, ist zwar vollinhaltlich richtig, aber ein wahrer Orakelspruch, dessen Sinn sich nur bestimmen lässt, wenn man die Functionen der lex Aebutia von denen der Leges Juliae trennt, und dieselben selbstständig hinstellt. Dann aber sagt Gaius von der lex Aebutia;

> Itaque per legem Aebutiam sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est, per formulas litigaremus

und von den leges Juliae:

> Itaque per duas leges Julias sublatae sunt istae legisactiones effectumque est, ut per concepta verba, id est, per formulas litigaremus.

Gaius schreibt also sowohl der lex Aebutia als den leges Juliae ein tollere legis actiones, und ein efficere, ut per concepta verba litigaretur, zu, und es fragt sich, worin sich das tollere und efficere der lex Aebutia von dem tollere und efficere der leges Juliae unterschied, weil Gaius eine Tautologie nicht gesagt haben kann. Den Aufschluss hierüber gibt ausser den obigen Stellen ganz besonders Gellius XVI, 10. §. 8: sed cum — — omnis illa duodecim tabularum antiquitas — lege Aebutia lata consopita sit, studium scientiamque ego praestare debeo juris et legum vocumque, quibus utimur. Consopiri heist „einschlafen“ und von Gesetzen gebraucht, „nach und nach ausser Uebung kommen“. Nach Gellius hat also die lex Aebutia die erwähnte omnis antiquitas duodecim tabularum „nach und nach ausser Uebung gesetzt“ und folglich derselben nur die thatsächliche Wirksamkeit entzogen. Wenn aber das tollere der lex Aebutia nur eine thatsächliche Wirksamkeit enthielt, so konnte auch das efficere der lex Aebutia keine andere Wirksamkeit enthalten haben. Die lex Aebutia kann also dem litigare per concepta verba oder per formulas keine gesetzliche, sondern nur eine thatsächliche Wirksamkeit verschafft haben. Was dies eigentlich sagen will, werde ich unten zu erörtern haben, hier genügt es daran zu erinnern, dass der Prätor kein Gesetzesrecht schaffen (praetor heredem facere non potest), sondern seinen Rechtssazzungen nur eine thatsächliche Wirksamkeit geben konnte. Das tollere und efficere der lex Aebutia war also ein tollere und efficere jure honorario vel edicto, wodurch sich das tollere und efficere der leges Juliae nothwendig als ein tollere und efficere jure legitimo vel lege darstellt. Mit anderen Worten: durch die Verleihung der potestas edicendi summa an den Prätor urbanus hatte die lex Aebutia auch den ganzen Process des Edictes geschaffen, allein dieser hatte bis zu den leges Juliae seine provisorische Natur beibehalten, und wenn er bis dahin auch schon in Uebung bestanden hatte, so war der alte Process des Grundgesetzes dennoch gesetzlich nicht aufgehoben, wesshalb diese Aufhebung erst durch die leges Juliae erfolgen musste. Ich muss also bestreiten, dass die lex Aebutia irgend welche legis actio direct aufhob, namentlich aber, dass, wie

behauptet wurde, durch dieses Gesetz die legis actio per condictionem aufgehoben wurde, welche, wie ich unten zeigen werde, der Prätor gar erst nach der lex Aebutia schuf. Ich muss ferner bestreiten, dass die lex Aebutia sich ausschliesslich auf die Klagformeln bezog, und namentlich, dass sie direct neue Klagformeln an die Stelle der alten setzte. Wenn ich nun das hier gewonnene Ergebniss kurz zusammenfasse, so ergibt sich mir, dass Gaius IV. 30 und Gellius XVI. 10 bisher darin unrichtig interpretirt wurden, dass 1) unter der von Gaius und Gellius gemeldeten Aufhebung der Legisactionen durch die lex Aebutia eine directe Aufhebung verstanden wurde; dass 2) die Nachricht des Gaius nicht durch die in XX. 10 und XVI. 10 enthaltenen Angaben des Gellius ergänzt wurde, welcher von der Verleihung der potestates edicendi summae und von der Aufhebung der omnis illa duodecim tabularum antiquitas spricht (Gellius XVI, 10. berücksichtigen bei Gaius IV. 30 nur Rudorff und Bethmann-Hollweg); dass 3) unter dem efficere bei Gaius eine directe Einwirkung auf die Klagformeln verstanden wurde, 4) dass man der lex Aebutia dieselbe Function, wie den leges Juliae, wenn auch getheilt, zuschrieb; endlich 5) dass man den allgemeinen Ausspruch des Gellius in XVI. 10 auf die Klagformeln beschränkte, und nicht vielmehr überhaupt auf das Civilrecht bezog, was gegen die Nachrichten streitet, welche ich unten zu besprechen haben werde.

Bestimmung des Inhaltes der lex Aebutia im Allgemeinen.

§. 22. Ich habe zunächst die bisher erörterten Stellen des Cicero, Gellius und Gaius in der Form jener Interpretation anzuführen, welche ich so eben begründet habe:

1) Cicero in Verrem II. lib. I. c. 45: Postquam jus praetorium constitutum est (scil. lege).
2) Gellius XX, 10. §. 9: Postquam praetores (scil. praetor urbanus et peregrinus) propagatis Italiae finibus datis juris dictionibus (scil. potestatibus edicendi summis) negotiis occupati proficisci — gravabantur. —
3) Gellius XVI. 10. §. 8: Sed enim cum „proletarii“ et „assidui“ et „sanates“ et „vades“ et „subvades“ et „viginti quinque asses“ et „taliones“ furtorumque quaestio „lance et licio“ evanuerint (scil. jure honorario), omnisque illa duodecim tabularum antiquitas, nisi in legis actionibus centumviralium causarum lege Aebutia lata consopita sit (scil. eodem jure honorario) studium scientiamque ego praestare debeo juris et legum vocumque earum, quibus utimur.

4) Gaius IV. 30: Itaque per legem Aebutiam sublatae sunt istae legis actiones (scil. jure honorario) effectumque est (scil. eodem jure honorario), ut per concepta verba, id est, per formulas litigaremus.
5) Gaius IV. 30: Itaque per duas leges Julias sublatae sunt istae legis actiones (scil. jure legitimo) effectumque est (scil. eodem jure legitimo), ut per concepta verba, id est, per formulas litigaremus.

Die lex Aebutia hatte also zwei Functionen, welche sie aber nicht auf einmal, sondern erst in längerer Zeit vollzog: sie entzog den legis actiones, mit Ausnahme der causae centumvirales, die thatsächliche Wirksamkeit, und brachte das agere per concepta verba d. h. den Process des Edictes, zur thatsächlichen Geltung: sie hatte also den gesetzlichen Bestand der legis actiones nicht alterirt und keine neuen judicia legitima eingeführt.

Ebenso hatten die leges Juliae zwei Functionen, die sie aber auf einmal vollzogen: sie hatten den bisherigen gesetzlichen Bestand der legisactiones, also der grundgesetzlichen judicia, mit den von Gellius XVI. 10 und Gaius IV. 31 angedeuteten Ausnahmen, aufgehoben, und den bisher in Uebung bestandenen Process des Edictes zum gesetzlichen Ordinarprocess des Kaiserrechtes erklärt, also die formula des Edictes für den Prätor urbanus zur Grundlage des judicium legitimum gemacht, und dadurch jene neuen judicia legitima mit dem neuen Requisit des judex unus begründet, welche Gaius in IV. 104 berührt. Seit den leges Juliae wurden also sowohl diejenigen Klagrechte, welche ihrem Ursprunge nach civiler oder gesetzlicher Natur waren, als auch diejenigen, welche zwar prätorischen Ursprunges waren, bisher aber für die judicia legitima in die sponsio praejudicialis eingekleidet werden mussten, durch die neuen judicia legitima geltend gemacht. Wird nun unter dem Formularprocess jener gesetzliche Ordinarprocess verstanden, welchen Gaius vorträgt, so existirte „der Formularprocess“ erst seit den leges Juliae.

Nachdem ich nun meine Behauptung, dass das von mir angenommene hochwichtige Reformgesetz vom Jahre 465 wirklich die lex Aebutia war, begründet zu haben glaube, fällt mir jetzt die Aufgabe zu, in Anknüpfung an die von mir oben über die den Decemvirn ertheilten potestates gemachten Bemerkungen, den Inhalt der lex Aebutia näher zu bestimmen.

In der oben angeführten Stelle sagt Gellius (XVI. 10.) ausdrücklich: Cum viginti quinque asses — evanuerint (scil. jure hono-

rario). Ueber diese viginti quinque asses berichtet nun Gaius in III, 223: Poena autem ex lege duodecim tabularum propter membrum ruptum talio erat, propter os vero fractum aut conlisum trecentorum assium poena erat statuta, si libero os fractum erat; at si servo, C. L: propter ceteras vero injurias XXV assium poena erat constituta, woraus ersichtlich ist, dass Gellius mit den erwähnten 25 asses die poena der Lex bezeichnet, welche für alle „übrigen Injurien" festgesetzt war. Nun aber berichtet derselbe Gellius über die Abschaffung dieser poena in XX, 1. §. 12—14 folgendes: Nonne tibi quoque videtur nimis esse dilutum, quod ita de injuria punienda scriptum est: Si injuriam alteri faxit, viginti quinque aeris poena sunto". Quis enim erit tam inops, quem ab injuriae faciendae libidine viginti quinque asses deterreant? Itaque cum eam Labeo quoque vester in libris, quos ad duodecim tabulas conscripsit, non probaret, tum „inquit" L. Veratius fuit egregie homo improbus atque immani vecordia. Is pro delectamento habebat, os hominis liberi manus suae palma verberare. Eum servus sequebatur ferens crumenam plenam assium; ut quemque depalmaverat, numerari statim secundum duodecim tabulas viginti quinque asses jubebat. „Propterea, inquit, praetores postea hanc abolescere et relinqui censuerunt, injuriisque aestumandis recuperatores se daturos esse edixerunt[1]).

Unter den Prätoren sind hier auch die Fremdenprätoren zu verstehen; weil jedoch ihr Verhältniss zu den Stadtprätoren nach der lex Aebutia erst unten erörtert werden kann, so sei es mir gestattet, vorerst nur von den Stadtprätoren zu sprechen.

In XVI. 10. sagt Gellius, die 25 asses, welche er in Uebereinstimmung mit Gaius als die poena der Lex für die leichten Injurien bezeichnet, seien in Folge der lex Aebutia nach und nach ausser Uebung gekommen, und in XX. 1. §. 13 erklärt er dieses „ausser Geltung kommen" durch die nähere Angabe, dass die Prätoren diese Bestimmung des Grundgesetzes „abolescere et relinqui censuerunt, injuriisque aestumandis recuperatores se daturos esse edixerunt. Diese Bestimmung des Grundgesetzes wurde also nur insofern durch die lex Aebutia ausser Uebung gesetzt, als dieses Gesetz den Prätoren die potestates edicendi summae verliehen hatte. Die Art der Beseitigung dieser grundgesetzlichen Bestimmung durch die Prätoren ist bei Gaius III, 224 näher dargelegt. Die Stadtprätoren hatten also die poena der viginti quinque asses durch Edicte nach und nach ausser Geltung gesetzt. Diese Edicte enthielten nun

1) Huschke, Jurisprud. pag. 47.

eine Correctur jener grundgesetzlichen Bestimmung, folglich musste in dem jus edicendi summum, welches die lex Aebutia dem Prätor urbanus verliehen hatte, auch die potestas juris civilis corrigendi enthalten gewesen sein. Die angeführte Stelle des Gellius gibt aber auch Aufschluss über die Art, wie der Prätor urbanus von dieser potestas Gebrauch machte. Es ist an sich einleuchtend, dass der Prätor urbanus sich nur ungern entschloss, eine Bestimmung des Grundgesetzes zu corrigiren, und dass zwingende Verhältnisse eintreten mussten, bis er bewogen werden konnte an die Grundlagen des nationalen Rechtslebens Hand anzulegen. Die Stelle aus Labeo's Commentar sagt nämlich aber zugleich, dass, ungeachtet die Valuta-Verhältnisse schon lange ganz andere geworden waren, die 25 asses fast werthlos erschienen, diese poena der Lex also schon illusorisch geworden war, dass ungeachtet dieser zwingenden Momente es sogar noch eines öffentlichen Scandals bedurfte, bis der Prätor urbanus sich entschloss, von der ihm verliehenen potestas juris civilis corrigendi Gebrauch zu machen. Unter den Bestimmungen des Grundgesetzes, welche durch das dem Prätor urbanus ertheilte jus edicendi summum nach und nach ausser Geltung kamen, nennt Gellius weiter die furtorum quaestio lance et licio. Wie diese Bestimmung ausser Geltung kam, gibt Gaius in III, 192 näher an: Prohibiti actio quadrupli ex edicto praetoris introducta est: lex autem eo nomine nullam poenam constituit: hoc solum praecipit, ut qui quaerere velit, nudus quaerat linteo (= liceo) cinctus lancem habens, qui si quid invenerit, jubet id lex furtum manifestum esse. (Den diese Haussuchung verweigernden Dieb traf als einen confessus sofort die manus injectio).

Diese furtorum quaestio wurde also durch die Edicte der Stadtprätoren nach und nach ausser Uebung gesetzt: auch diese Edicte enthielten aber eine Correctur jener grundgesetzlichen Bestimmung, folglich musste in der dem Prätor urbanus durch die lex Aebutia ertheilten potestas edicendi summa auch die potestas juris civilis corrigendi enthalten gewesen sein.

Aus Gellius XVI 10. §. 10, verglichen mit XX. 1 §. 12—14 und Gaius III 223 und 192, ergibt sich, dass die besprochenen 25 asses und die furtorum quaestio lance et licio direct durch das Edict, indirect durch die das jus edicendi summum der Prätoren begründende lex Aebutia nach und nach ausser Geltung kommen. Wurden nun die 25 asses und die erwähnte furtorum quaestio des Grundgesetzes direct durch das Edict, indirect durch die lex Aebutia ausser Geltung gesetzt, dann ist auch die „omnis illa duodecim tabularum antiquitas“ direct durch das Edict, indirect durch

[illegible] d thatsächlich aufge-
[illegible] ch welche alle diese Be-
[illegible] ung kamen, eine Cor-
[illegible] dienen sie zugleich zum
[illegible] urch die lex Aebutia
[illegible] erhalten hatte.
[illegible] he Politik die römischen
[illegible] eine durch die gegebenen
[illegible] igen Erfahrung glänzend
[illegible] h unbekannt wäre, dass
[illegible] den Decemvirn ertheilten
[illegible] nigen, welchem die pote-
[illegible], zunächst auch die pote-
[illegible], weil diese potestas ihrer
[illegible] nt. Ein schlechtes Gesetz
[illegible] iche Leben ohne positive
[illegible] kann. Hat nun der Prätor
[illegible] a die potestas juris civilis
[illegible] er potestas edicendi
[illegible] lis supplendi enthal-
[illegible] s also dem Prätor urbanus
[illegible] ehen haben. Eineausdrück-
[illegible] en Bedürfnissen des Lebens
[illegible] rätoren bezeugten jus edi-
[illegible] die bekannte Stelle Papi-
[illegible] te (1, 1): Jus praetorium
[illegible] ndi vel supplendi vel
[illegible] taten publicam. Die hier
[illegible] praetores introduxerunt“
[illegible] echen, dass die Prätoren
[illegible] genmächtig begründet ha-
[illegible] hang des jus praetorium
[illegible] icht, so viel war ihm ge-
[illegible] es Imperium eigenmächtig
[illegible] oder einen Vergleich über
[illegible] ird es also wohl nicht für
[illegible] sich erlaubt hätten, eigen-
[illegible] n Volkes Hand anzulegen,

[illegible] I, 185.

da doch Cicero und Gellius die Begründung des prätorischen Rechtes einem besonderen Act zuschreiben. Puchta[4]) wählt zur Erklärung des von Papinian erwähnten adjuvare jus civile die Art „wie der Prätor die lex Cincia durch die dem Schenker gegebene exceptio oder condictio in Wirksamkeit gesetzt habe". Allein das adjuvare jus civile setzt einen schon vorhandenen Anspruch voraus, dessen Realisirung gesichert wurde, was vor der lex Silia kraft seines Imperiums nur durch Ertheilung des Besitzes und durch Auferlegung (nicht Conception) der Cautionen, nach der lex Silia aber durch Besitzertheilungen und rechtsbildende stipulationes praetoriae erreichte. Auch ist das corrigere nicht mit Puchta durch „ändern" wieder zu geben, weil ändern nicht corrigere, sondern mutare heisst. Das corrigere schliesst vielmehr die zwei Gedanken in sich, dass man vorerst etwas Bestehendes beseitigt, das Beseitigte aber dann durch etwas Besseres ersetzt. Die potestas juris civilis corrigendi ist also keine Befugniss zur blossen Abänderung (mutatio), sondern sie ist nur die Befugniss zur Verbesserung oder Reform. Wer also diese potestas in Anwendung bringen will, muss sich zweimal überlegen, ob das, was er für das bessere hält, auch wirklich das bessere ist. Nur wenn der Prätor bloss die Formen des Civilrechts beschränkte oder beseitigte, fiel das corrigere mit dem einfachen Beseitigen zusammen. Die potestas juris civilis interpretandi des Prätors urbanus nennt hier Papinian mit Recht nicht, einerseits, weil die Ergebnisse der Interpretation des Prätor urbanus nicht zum praetorium, sondern zum jus civile gehörten, andererseits, weil der in jener Stelle einbezogene Prätor peregrinus diese potestas nicht hatte. Eine umfassende Bestätigung des hier über die Ertheilung der potestas juris civilis supplendi Gesagten enthält die schon oben abgedruckte Stelle des Pomponius in der L. 2. §. 10. D. de orig. jur., wo den Prätoren schon die ganze Machtfülle zuerkannt wird.

Musste nun durch die Verleihung der potestas juris civilis corrigendi et supplendi die Fortentwicklung des Civilrechts dem Prätor urbanus anvertraut werden, dann lag auch die zwingende Nothwendigkeit vor, das Sacralrecht vom Civilrecht zu trennen, und für letzteres die alte königliche potestas legum interpretandarum vom Pontifex Maximus, so wie die Vorstandschaft in den Civilgerichten vom delegirten Pontifex an den Prätor urbanus zu übertragen, wodurch letzterer zum custos juris civilis und praetor maximus wurde (Festus p. 161). Weil nun die Römer auch die

4) Institut. I. S. 350, 351.

Interpretation dem Begriffe der Jurisdiction unterordneten, so muss unter den von Gellius in XVI. 10 erwähnten Jurisdictionen auch die potestas juris civilis interpretandi des Prätor urbanus verstanden werden. Der allgemeine Inhalt der lex Aebutia, insofern sich dieselbe auf den Prätor urbanus bezieht, bestimmt sich also dahin, dass dieser durch sie erhielt: 1) die potestas juris civilis interpretandi, 2) die potestas juris civilis corrigendi, 3) die potestas juris civilis supplendi.

Schon hieraus aber wird es klar, dass der Einfluss der lex Aebutia nicht auf die Klagformeln zu beschränken ist, sondern dass ihr ein entscheidender Einfluss auf die Fortentwicklung des ganzen Civilrechts zuerkannt werden muss[5]).

Die Form der Publication des prätorischen Rechts.

§. 23. Schon der Umstand, dass Gaius in I. 6 die auf das prätorische Recht sich beziehenden Jurisdictionen der Prätoren (vgl. Gellius XVI. 10) als jus edicendi amplissimum bezeichnet, lässt folgern, dass für die Ausübung dieser Jurisdictionen eine bestimmte Form der Publication vorgeschrieben war. Wenn nun Pomponius (a. a. O.) das jura reddere der Magistrate unmittelbar mit dem edicta proponere verbindet, und sich dabei des Imperfectums: jura reddebant, edicta proponebant, bedient, so muss angenommen werden, dass die lex Aebutia auch eine Clausel über die Publication des prätorischen Rechtes enthielt. Weil die Imperfecta als Formen der werdenden Handlung in der Vergangenheit eine Wiederholung

5) Es ist vielleicht nicht überflüssig auf einen Vorgang in der Geschichte des englischen Privatrechts einen vergleichenden Blick zu werfen. Als das alte Civilrecht Englands (Common Law) dem Fortschritte der Zeit nicht mehr genügte, wurde dem Lord-Kanzler ebenfalls eine Art potestas juris civilis corrigendi et supplendi übertragen. Ursprünglich lag auch in England die Pflege des Civilrechts in den Händen des königlichen Beirathes, des Permanent Council, gerade wie in Rom das Pontifical-Collegium einen solchen Beirath des Königs bildete. Wie nun später, als das Königthum beseitigt worden war, das Pontifical-Collegium einen Pontifex für die Civilgerichte delegirte, so musste auch in England mit der Zeit ein eigener Court of Equity aus dem Permanent Council ausgesondert und gebildet werden. Allein mit der Zeit genügte auch dieser Court of Equity nicht mehr, und darum erhielt der Lord-Kanzler eine Stellung, welche von jener des Prätor urbanus in Rom zwar principiell verschieden ist, gleichwohl aber gewisse nicht uninteressante Analogien bietet, welche Rudolph Gneist kurz zusammen gefasst hat in seinem Englischen Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1867 II. Bnd. S. 1257 u. 1259; vgl. Bnd. I. S. 346, 357, 512, 643.

also auch ein Versuchen, Beginnen, bezeichnen, so müssen die Worte des Pomponius „eodem tempore (zur Zeit der lex Hortensia) magistratus jura reddebant, edicta proponebant“ so übersetzt werden: In derselben Zeit begannen die Magistrate Rechte zu setzen und Edicte zu proponiren. Nun aber waren Edicte der Magistrate auch schon vor der lex Hortensia in Uebung, folglich muss Pomponius hier die besonderen Edicte meinen, durch welche das prätorische Recht publicirt wurde. Die Publication des präterischen Rechts in der Form des Edictes muss also schon die lex Aebutia vorgeschrieben haben. Hiedurch wird es nun auch deutlich, wie die Notiz des Asconius (zu Cicero in Cornelium pag. 58, 15. Orelli) über die lex Cornelia zu verstehen ist: Legem Cornelius, etsi nemo repugnare ausus erat, multis tamen invitis tulit, ut praetores ex edictis suis jus dicerent. Wie nämlich Dio Cassius 36, 23 bezeugt, hatten die Prätoren Edicte von jeher proponirt, allein sie pflegten nicht alle Rechtsbestimmungen zusammenzufassen, noch alle auf einmal bekannt zu geben, manchmal auch von den aufgestellten Bestimmungen nach Gunst oder Feindschaft abzuweichen. Die lex Cornelia gebot nun den Magistraten die Edicte beim Amtsantritte zu proponiren, und sie für das ganze Amtsjahr als bindende Norm der Rechtssprechung zu beobachten. Darum sagt auch Cicero de finib. II. 22: Est enim tibi, jam quum (sofort nachdem) magistratum inieris et in concionem ascenderis, edicendum, quae sis observaturus in jure dicundo.

V. Capitel.

Der Prätor urbanus das Central-Organ der einheitlichen Entwicklung des gesammten römischen Privatrechts.

Nähere Bestimmung der potestas juris civilis interpretandi des Prätor urbanus.

§. 24. Ehe ich auf die nähere Bestimmung der potestas juris civilis interpretandi des Prätor urbanus eingehe, habe ich noch eine kurze Rechtfertigung zu geben, warum hier nur vom Prätor urbanus und nicht auch vom zweiten Prätor und den curulischen Aedilen die Rede ist, ungeachtet ich oben unter den von Gellius (XX, 10) erwähnten verschiedenen Jurisdictionen der Prätoren auch die Jurisdiction des zweiten Prätor verstand, und Pomponius in der L. 2. §. 10 D. de orig. jur. von „magistratus“ im Allgemeinen spricht, und somit darunter auch den zweiten Prätor und die curulischen Aedilen

versteht. Die Rechtfertigung dafür liegt darin, dass die Befugnisse, welche der zweite Prätor und die curulischen Aedilen durch die lex Aebutia erhielten, sich erst bestimmen lassen, wenn vorher die Stellung des Prätor urbanus zur Entwicklung des römischen Civilrechts festgestellt wird.

Durch die potestas juris civilis interpretandi hatte der Prätor urbanus die alte königliche potestas legum interpretandarum erhalten. Die legale Interpretation des gesetzlichen Civilrechts stand also fortan dem Prätor urbanus allein zu, mochte diese Interpretation principielle Gesetze oder concrete Rechtssätze zum Gegenstande haben. Die Entwickelung des gesetzlichen Civilrechts war also dem Prätor urbanus anvertraut, wesshalb er von jetzt an custos juris civilis hiess. Diese potestas machte ihn gegenüber dem zweiten Prätor zum prätor major (Festus pag. 161. M.) und musste zur Folge haben, dass er von nun an vom zweiten Prätor wohl in der Ausübung der Gerichtsbarkeit unterstüzt, aber nicht in der legalen Interpretation und in der obrigkeitlichen Rechtsetzung vertreten werden konnte. Eine Folge davon war ohne Zweifel, dass er in der officiellen Sprache von nun an als „praetor, qui inter cives jus dicit", der zweite Prätor aber als praetor, qui inter cives et peregrinos jus dicit, bezeichnet wurde. Obgleich nun der Consul durch sein Imperium dem Prätor urbanus gegenüber ein collega major war (Gellius XIII. 15, §. 4), und das Imperium des Prätor urbanus zu einem imperium minus herabdrückte, so stand der Prätor urbanus durch seine potestas juris civilis interpretandi doch sogar über dem Consul.

Durch Uebertragung der genannten potestas an den Prätor urbanus erhielt die eigentliche Stadtprätur für die Entwicklung des gesetzlichen Civilrechts alle jene hohen Befugnisse, welche bisher der Pontifex Maximus als das verfassungsmässige Organ der Interpretation und der delegirte Pontifex als Vorstand der Civilgerichte ausgeübt hatten. Wie also der Pontifex Maximus mit seinem Collegium neuen Bedürfnissen durch neue civile Klagrechte Befriedigung verschaffen konnte, und der delegirte Pontifex in zweifelhaften Fällen das Recht zu weisen hatte, so hatte jetzt der Prätor urbanus die Macht erlangt, neue civile Klagrechte anzuerkennen, und in zweifelhaften Fällen über die Zulässigkeit civiler Klagen selbstständig zu entscheiden. Daraus aber ergibt sich die wichtige Folge, dass die Fortentwicklung des Civilrechts durch Gewohnheiten und durch die spätere Jurisprudenz nur durch die Anerkennung des Prätor urbanus erfolgen konnte, und dass somit die Jurisprudenz zwar die Principien des Rechtes nachweisen, zu ihren Consequenzen entwickeln, und

durch diese Vorarbeit den Prätor urbanus unterstützen konnte, aber für sich allein keine Rechtsquelle war. Darum führt, wie schon oben bemerkt wurde, noch Gaius in I. 6 die Gewohnheit nicht unter den Rechtsquellen an, weil das Institut der Interpretation, wenn auch nicht mehr dem Prätor urbanus anvertraut, in seiner Zeit noch fortbestand. Die Rechtswissenschaft der Juristen der römischen Republik erzeugte also ebensowenig ein s. g. Juristenrecht[1]) als die Rechtswissenschaft in neuester Zeit als Rechtsquelle betrachtet wird[2]). Dabei ist es selbstverständlich, dass, weil die Gewohnheiten des Volkes und die Rechtswissenschaft nur das Rechtsbewusstsein der Nation und den materiellen Inhalt ihres Rechtes darstellen, der Prätor urbanus diese Lebensmächte nicht bloss nicht ignoriren durfte, sondern sogar sorgfältig zu beachten hatte, dass es also in seinem Berufe lag, den Inhalt des so zum Ausdruck gelangten Rechtsbewusstseins auch formell anzuerkennen und ihm dadurch die Natur des civilen Rechts zu geben. Diese Anerkennung vollzog aber der Prätor urbanus als alleiniger interpres juris civilis und als Vorstand der Civilgerichte schon dadurch, dass er die Parteien die Legis actio ohne Einspruch vollziehen liess, und die Entscheidung über das Vorhanden- oder Nichtvorhandensein des fraglichen Rechtes den von der Verfassung berufenen Geschwornen (judices, im Gegensatz zu den vom Magistrat autorisirten recuperatores) anheim gab[3]). Noch wichtiger erscheint die potestas juris civilis interpretandi des Prätor urbanus durch die Erwägung, dass sie nicht bloss concrete Rechtssätze und die Subsumption der Gewohnheiten und Ergebnisse der Jurisprudenz unter dieselben, sondern auch principielle Gesetze zum Gegenstand hatte, wodurch der Prätor sogar die ganze Ausführungsgesetzgebung hinsichtlich derselben erhielt. Weil nämlich principielle Justizgesetze auch noch jetzt nicht entbehrt werden konnten, indem für die Verfolgung und Vertheidigung des prätorischen Rechts neue judicia legitima gewonnen werden mussten, wenn man die römischen Bürger nicht in die Lage der Peregrinen und Provincialen bringen wollte, so fiel dem Prätor urbanus jetzt auch die Composition neuer Legis actiones (die legis actiones des jus Aelianum) gerade so zu, wie einst nach der Decemviralgesetzgebung diese Aufgabe der Pontifex Maximus erhalten hatte. Der Prätor urbanus war aber nicht bloss das Organ der Entwick-

---

1) Z. s. auch Scheurl, Beiträge II S. 121 fg.

2) Z. s. Bruns in Holtzendorff's Encyclopaedie der RW. S. 258.

3) Z. vgl. Kuntze's Ausführungen über den mos civitatis in der Münchner Kritisch. Vrtlj. Bnd. IX S. 503, namentlich S. 506, 507, 588.

lung des verfassungsmässigen Civilrechts, er war auch der Hort der gesetzlichen Gleichheit und Freiheit der römischen Bürger. Da nämlich der Kreis seiner Amtswirksamkeit auf die Stadt Rom und ihre Bannmeile beschränkt war (provincia urbana), dieses Gebiet aber der heilige Boden des verfassungsmässigen Rechtes und der judicia legitima war, so erscheint er wegen seiner Vorstandschaft in den judiciis legitimis zugleich als derjenige richterliche Magistrat, dem auch der Schutz der verfassungsmässigen Gleichheit und Freiheit der römischen Bürger im Gebiete des Civilrechts anvertraut war.

Nähere Bestimmung der potestates juris civilis corrigendi et supplendi des Prätor urbanus.

§. 25. Es entsteht weiter die Frage, wie die potestates juris civilis corrigendi et supplendi, welche der Prätor urbanus in Gemässheit der in die lex Aebutia aufgenommenen Clausel in der Form des Ediktes auszuüben hatte, sich zu seiner potestas juris civilis interpretandi verhielten.

Den Ausdruck „corrigere" habe ich oben von mutare unterschieden, und im Sinne des „Verbesserns oder Reformirens" interpretirt. Damit ist aber zugleich gesagt, dass ein Rechtssatz des gesetzlichen Civilrechts beseitigt und durch einen besseren ersetzt werden soll. Allein grundgesetzliche Bestimmungen können wohl verfassungsmässig weiter entwickelt, nicht aber ohne Genehmigung des Volkes ihrem gesetzlichen Bestande nach beseitigt werden, weil sonst das Volk sein verfassungsmässiges Recht und die Grundlagen des nationalen Rechtslebens preis geben würde. Weil nun der Prätor urbanus den gesetzlichen Bestand einer grundgesetzlichen Bestimmung nicht alteriren durfte, so musste auch seine in Rede stehende Verbesserung oder Reform nur als eine thatsächlich wirksame betrachtet werden. War aber diese Verbesserung nur thatsächlich wirksam, so konnte sie nur so lange dauern, als ihr Urheber im Amte war. Das reformirte Civilrecht des Prätor urbanus war also ein veränderliches, provisorisches und obrigkeitliches Recht, welches einer Bestimmung des grundgesetzlichen Civilrechts zwar die Wirksamkeit entziehen, d. h. dieselbe sistiren, aber nicht ihren gesetzlichen Bestand erschüttern konnte. Zugleich enthält der Begriff der „Verbesserung" die Nebenbestimmung, dass die Reform den vorhandenen Principien des Civilrechts, soweit es thunlich war, entsprechen musste, weil sonst eben keine Verbesserung, sondern eine Verschlechterung erzielt worden wäre. Der Prätor urbanus war also bei der Anwendung seiner potestas juris civilis corrigendi an die thunlichste Beachtung der geltenden Principien

und des vorhandenen Rechtsorganismus angewiesen. — Derselbe Gedanke offenbart sich in der potestas juris civilis supplendi, oder in der Gewalt, das Civilrecht zu ergänzen. Dass nun „die Ergänzung“ zum Ganzen passen müsse, folgt ebenso aus dem deutschen Ausdruck, als dem lateinischen „supplere“, welches Wort ein zum Zweck einer Unterstützung (sub, vgl. subvenire) vorgenommenes Füllen, Ausfüllen, bedeutet, und somit ebenfalls jede Störung oder Hinderung des Vorhandenen ausschliesst. Der Prätor urbanus war also auch bei der Anwendung seiner potestas juris civilis supplendi an die möglichste Beachtung des vorhandenen Rechtsorganismus des gesetzlichen Civilrechts angewiesen.

Konnte nun der Prätor urbanus durch seine potestas juris civilis corrigendi kein Gesetzesrecht, sondern nur ein obrigkeitliches, provisorisches, und nur während seines Amtsjahres geltendes Recht schaffen, so folgt daraus, dass auch das durch seine potestas juris civilis supplendi geschaffene Recht kein Gesetzesrecht, sondern nur ein obrigkeitliches und provisorisches war.

Um nun diese neue Stellung des Prätor urbanus kurz zu bezeichnen, und das Resultat der bisherigen Erörterungen über die potestates des Prätor urbanus und die das jus edicendi summum betreffende Clausel der lex Aebutia in Einem Satz zusammenzufassen, möchte ich mit Beachtung der Stilisirung der der lex Aebutia unmittelbar nachfolgenden lex Papiria, so wie der späteren lex regia de imperio Vespasiani*) den auf den Prätor urbanus sich beziehenden Inhalt der lex Aebutia so wiedergeben:

Die lex Aebutia hatte jedem künftigen Prätor urbanus (praetor, qui posthac erit, qui inter cives jus dicet) die Gewalt (potestas) ertheilt, nach seinem Ermessen (quando ei videbitur) im Interesse (ex usu) der Civilrechtspflege das gesetzliche Civilrecht zu interpretiren, und in der Form und mit der Kraft des Edictes (edicendo) zu verbessern (corrigere) und zu ergänzen (supplere).

Verhältniss des Prätor peregrinus zum Prätor urbanus in Folge der lex Aebutia.

§. 26. Wenn dem Prätor urbanus allein die Gewalt zustand, das gesetzliche Civilrecht zu interpretiren und dadurch zu entwickeln, so musste auch ihm allein die Macht vorbehalten gewesen sein, für die römischen Bürger das gesetzliche Civilrecht zu verbessern und

*) Tacit. opera, edid. Ritter, vol. III. p. 410.

zu ergänzen. Dem zweiten Prätor muss also diese Macht um so mehr abgesprochen werden, als der Gedanke völlig ausgeschlossen werden muss, dass das gesetzliche Civilrecht der römischen Bürger der Fremden wegen irgend welche Aenderung erlitt. Ferner wissen wir aus Gaius IV 105, dass die judicia, denen der Prätor peregrinus vorstand, keine legitima waren, sondern auf dem Imperium beruhten, dass also das Privatrecht des Prätor peregrinus kein gesetzliches war. Gleichwohl aber schreibt Papinian in der angeführten Stelle auch ihm die potestas juris civilis corrigendi und supplendi zu, da es sich nicht annehmen lässt, dass Papinian in jener Stelle nur von dem edictalen Recht der praetores urbani spricht. Ja die herrschende Lehre schreibt die Entwicklung des römischen Privatrechts sogar vorzüglich den Edicten der Fremdenprätoren zu, weil sie annimmt, dass der Prätor urbanus das formfreie Recht seines Amtsgenossen erst nach und nach zu dem Seinigen machte. Ich glaube daher in Uebereinstimmung mit der herrschenden Anschauung annehmen zu dürfen, dass Papinian in jener Stelle auch vom edictalen Recht des Prätor peregrinus spricht.

Aus diesen Prämissen aber glaube ich folgern zu dürfen, dass der Prätor peregrinus nicht das gesetzliche Civilrecht unmittelbar, sondern nur das Civilrecht des Prätor urbanus verbessern und ergänzen durfte. Ist aber dieser Schluss richtig, dann war der Prätor peregrinus bei seiner Rechtsetzung an die Rechtsetzung des Prätor urbanus angewiesen, und konnte somit nur diese verbessern und ergänzen, wobei für ihn dieselben Grundsätze gelten mussten, welche oben für die Verbesserung und Ergänzung des Civilrechts durch den Prätor urbanus hervorgehoben wurden. Es hat schon Bethmann Hollweg[1]) bemerkt, dass die ältere Bezeichnung des zweiten Prätors, nicht „praetor peregrinus" war, sondern praetor, qui inter cives et peregrinos jus dicit, eine Bezeichnung, welche ich oben auf die lex Aebutia zurückgeführt habe. Wenn die Jurisdiction des zweiten Prätors sich auf Bürger und Peregrinen bezog, so ist die Annahme von vornherein unzulässig, dass die römischen Bürger vor ihm die materiellen Bestimmungen ihres Civilrechts einbüssten. Der zweite Prätor musste also im Interesse der römischen Bürger die materiellen Bestimmungen des Civilrechts des Prätor urbanus so viel als möglich zu erhalten trachten, und konnte somit dieselben nur in Folge dringender Bedürfnisse und nur in beschränktem Masse verbessern. Es ist also anzunehmen, dass die materiellen Bestimmungen des vom Prätor peregrinus geschaffenen

1) Civilpr. I. S. 39, Note 3.

internationalen Privatrechts mit den Bestimmungen des Civilrechts im Wesentlichen übereinstimmten, wenn auch das internationale Privatrecht niemals die Natur eines gesetzlichen, sondern stets nur die eines obrigkeitlichen Rechtes hatte. Ein solches Verhältniss zum Edicte der Stadtprätoren zeigen alle von Cicero erwähnten späteren Provincial-Edicte.

Der Prätor urbanus erscheint also zugleich als das Organ der einheitlichen Entwicklung nicht nur des civilen, sondern auch internationalen Privatrechts, wesshalb angenommen werden muss, dass Aebutius bei seinem Gesetze auch die organische Entwicklung des ganzen römischen Privatrechts im Auge hatte.

Wenn ich nun auch das, was hier über die dem zweiten Prätor durch die lex Aebutia ertheilten potestates gesagt wurde, in Einem Satze zusammenfasse, so ergibt sich mir als Inhalt der auf den zweiten Prätor sich beziehenden Bestimmungen der lex Aebutia folgendes:

Die lex Aebutia hatte jedem künftigen Prätor peregrinus (praetor, qui posthac erit, qui inter cives et peregrinos jus dicet) die Gewalt ertheilt, nach seinem Ermessen im Interesse seiner Jurisdiction das Civilrecht des Prätor urbanus in der Form und mit der Kraft des Edictes zu verbessern und zu ergänzen.

Dieses Verhältniss des Prätor peregrinus zum Prätor urbanus erklärt zugleich, warum nach der lex Aebutia wohl die Fremdenprätur zeitweilig wieder dem Prätor urbanus, niemals aber die eigentliche Stadtprätur dem Fremdenprätor übertragen wurde[2]).

Verhältniss der curulischen Aedilen zum Prätor urbanus und peregrinus in Folge der lex Aebutia.

§. 27. Weil Pomponius (a. a. O.) von edicta proponere der Magistrate im Allgemeinen spricht, die Stadt Rom zur Zeit der lex Aebutia den Charakter einer Grossstadt bereits besass, schon Plautus[1]) „edictiones aediliciae“ kennt, und Verfügungen der Aedilen in einem Sinne erwähnt, dass darunter nicht für einzelne Fälle erlassene Befehle verstanden werden können[2]), so glaube ich nicht

2) Belege dafür bei Becker, Alterth. II. 2. S. 185 Note 435.

1) Capt. IV, 2, 44.

2) Plautus Miles III. 1. v. 133—136:
Sicuti merci pretium statuit, qui probust agronomus:
Quae probast merx, pretium ei statuit, pro virtute ut veneat,
Quae improbast, pro mercis vitio dominum pretio pauperet:
Itidem divos dispertisse vitam humanam aequom fuit; —

zweifeln zu dürfen, dass die lex Aebutia auch den curulischen Aedilen die Gewalt der Rechtsetzung verliehen hatte. Allein weil wohl nicht angenommen werden kann, dass ein magistratus minor das Edict eines magistratus major ändern durfte, so kann den curulischen Aedilen nur die Gewalt zugestanden haben, im Interesse ihrer auf die Markt- und Strassenpolizei und die daraus entspringenden Rechtshändel sich beziehenden Jurisdiction [3]) das vom Prätor urbanus und peregrinus geschaffene Privatrecht zu ergänzen [4]).

Die lex Aebutia hatte also allen künftigen curulischen Aedilen die Gewalt ertheilt, nach ihrem Ermessen im Interesse ihrer Jurisdiction das Privatrecht des Prätor urbanus und peregrinus in der Form und mit der Kraft des Edictes zu ergänzen.

Für gemeinsame Entscheidungen ist die gerade Zahl der Stimmenden eine Hemmung, die ungerade Zahl eine Förderung der Energie des Handelns: die curulischen Aedilen waren also schon durch ihre gerade Zahl vor Uebereilungen gesichert.

Wenn nun die durch die lex Aebutia den richterlichen Magistraten verliehenen Gewalten mit einander verglichen werden, so ist nicht schwer zu erkennen, dass sie nicht bloss intensiv, sondern auch extensiv abgestuft waren, dass also der lex Aebutia der Gedanke zu Grunde lag, einen vollkommenen Rechtsorganismus zu schaffen; ferner, dass sie den Prätor urbanus zum Centralorgan für die Entwicklung des gesammten Privatrechts erhoben, endlich, dass sich Rom durch dieses Gesetz für das Gebiet des Privatrechts als italische Grossmacht constituirt hatte.

Mit diesen Bemerkungen ist das Verhältniss der richterlichen Magistrate zu einander und zum prätorischen Recht angedeutet, es handelt sich nun noch darum, das prätorische Recht in seinem Verhältniss zum Gesetzesrecht und zu den gewöhnlichen Verordnungen, sowie seine Form näher zu bestimmen.

Nähere Bestimmung der Natur und Form des prätorischen Rechtes.

§. 28. Der Ausdruck „lex publica" bezeichnet ursprünglich eine „Erklärung des Volkes", also eine Erklärung des Volkswillens. Legere bedeutet nämlich ursprünglich ein „Erklären", und

---

3) Varro bei Gellius XIII, 12, §. 13.

4) Vgl. Rudorff, Edictum perpet. pag. 259 sq. und Kuntze, Excurs. S. 488 ff.

zwar das Erklären der Schriftzeichen, also Lesen, wie auch das griechische ἀναγιγνώσκειν nur ein Wiedererkennen, (nämlich der Schriftzeichen), und dann „lesen" bedeutet. Interlegere ist ein „dazwischen Erklären" also ein Verstehen, das „colligere" ein Erklären des inneren Zusammenhanges, also „ein Schliessen". Darum spricht der Lateiner von einer lex publica und privata, weil es Willenserklärungen ebenso des Volkes als der Einzelnen gibt. Legare ist die Intensivform von legere, und bedeutet somit „nachdrücklich, feierlich, imperativ erklären." Im Gegensatz zur lex ist „edictum" der Ausspruch, die Mittheilung eines einzelnen Machtträgers (magistratus), wesshalb das Edict nur so lange Geltung hatte, als die Person, welche den Ausspruch that, im Amte war. Ohne besondere gesetzliche Ermächtigung durch das Volk konnten also solche Machtaussprüche den Grundgesetzen gegenüber nur die Natur von Vollzugsverordnungen haben; mit Ermächtigung des Volkes hingegen erlangten sie die Qualitäten der Rechtsetzung, welche ihnen das Volk zuerkannt wissen wollte. Quellenmässige Belege und Beispiele für die Legislation des Volkes in solcher mittelbaren Weise sind noch aus der späteren Zeit der Republik erhalten, nämlich für Fälle, in welchen das Volk einzelnen Machtträgern das Recht ertheilt hatte, Verfügungen mit der Geltung von leges publicae zu treffen. [1]) Solcher Art waren die leges Corneliae für Agrigent, Aemiliae für Macedonien, Mummiae für Achaia, Rupiliae für Sicilien, Pompeiae für Bithinien. Als Provincial-Statuten hatten diese mittelbaren Gesetze des römischen Volkes eine von der Amtsdauer der Machthaber unabhängige Geltung. Eine solche mittelbare Volkslegislation wurde nun auch durch die lex Aebutia geschaffen, nur mit dem Unterschiede, dass die Edicte der richterlichen Magistrate keine dauernden Gesetze, sondern gesetzgeberische **Verordnungen** waren, also nur so lange galten, als ihre Urheber im Amte waren. Weil nämlich die Rechtsatzungen der richterlichen Magistrate in der Form des Edictes zu erfolgen hatten, diese aber keine blossen Vollzugsverordnungen waren, so erscheinen sie als ein Mittelding zwischen der gewöhnlichen Verordnung und dem Volksgesetz, also analog jenen Verordnungen, zu welchen in Verfassungsstaaten unserer Zeit die Regierungen verfassungsmässig berechtigt sind, um in dringlichen Fällen, in der Zeit, in welcher die Volksvertretungen nicht versammelt sind, Verfügungen mit der Kraft provisorischer Gesetze zu erlassen, wobei nur die Verschie-

1) Z. s. Kuntze, Cursus, S. 121. Mommsen, Stadtrechte von Malaga und Salpensa, S. 393, Note 11 nnd 12. Bethmann—Hollweg, Civilpr. II S. 32, Note 5.

denheit Platz greift, dass diese Verordnungen nur provisorische Ergänzungen, nicht aber Verbesserungen oder Reformen zum Zwecke haben dürfen. Darum bezeichnet noch Gaius diese Jurisdictionen des Prätor urbanus und peregrinus nicht einfach als jus edicendi, sondern als jus edicendi amplissimum, wobei die Bezeichnung jus edicendi summum absichtlich vermieden wird, weil die potestates summae (Hoheitsrechte) bereits an den Princeps übergegangen waren. Die Edicte der richterlichen Magistrate Roms sind also als gesetzgeberische Verordnungen solche Justizregierungsverordnungen, deren provisorische Gesetzeskraft auf die Zeit der Amtsdauer der jährlichen Magistrate beschränkt war, und nicht bloss provisorische Ergänzungen, sondern auch provisorische Verbesserungen oder Reformen zum Zwecke hatten. Das Edict des Prätors hatte also nur die thatsächliche Wirksamkeit einer lex annua [2]), wesshalb jene Juristen zu viel sagten, welche es geradezu als lex annua bezeichneten. Die Form des Edictes ist durch den Charakter des obrigkeitlichen Rechtes gegeben. Da nämlich dieser darin bestand, dass es zwar die thatsächliche Wirksamkeit, aber nicht die Natur des gesetzlichen Rechtes hatte, die Form des gesetzlichen Rechtes aber durch den jussus populi Romani, oder den kategorischen Imperativ gegeben war, so konnte ein richterlicher Magistrat nur erklären, was er persönlich (ego) thun, oder was er als thatsächlich wirksames Recht behandeln werde, durfte sich aber jenes kategorischen Imperativs nicht bedienen.

Der Bericht des von Huschke herausgegebenen auctor incertus über das Verhältniss des Prätor urbanus zum Prätor peregrinus.

§. 29. Weil der Prätor urbanus durch die lex Aebutia nicht bloss die Functionen, welche früher der Pontifex Maximus und der delegirte Pontifex ausgeübt hatten, in seiner Person vereinigte, sondern auch das gesetzliche Civilrecht zu verbessern und zu ergänzen hatte, so hatte er seit der lex Aebutia nicht bloss die Gerichtsoberherrlichkeit und Vorstandschaft in den Civilgerichten zu führen, sondern er war auch das eigentliche Organ der Reform der leges. Mit diesen Ergebnissen meiner bisherigen Untersuchungen ist nun die Nachricht des jetzt auch von Böcking [1]) und Bethmann—Hollweg [2]) als ächt und glaubwürdig anerkannten auctor incertus de magistratibus et

2) Z. s. Cicero in Verrem II lib. I. c. 42.
1) Notit. dign. occ. pag. 427. 2) Civilprozess II S. 46, Note 32.

sacerdotiis p. R. pag. 2 zu vergleichen: Praetores urbani, qui legibus moderandis et judicum sententiis corrigendis in urbe praeerant. Sex lictores eos praecedebant et erant consulibus dignitate proximi.

Die Nachricht dieses Auctors bezieht Bethmann-Hollweg auf die Kaiserzeit, weil er hinsichtlich der Interpretation einen Standpunkt einnimmt, welcher von dem hier vertretenen sich wesentlich unterscheidet. Allein sowohl der Inhalt dieser Nachricht, als die Ausdrücke, welche sie enthält, deuten nicht die Kaiserzeit, sondern die Zeit der Republik an. Das Verbum „moderari" steht nämlich im Zusammenhang mit „modus" und ist ohne Zweifel ebenso der Musik entlehnt wie das synonyme Verbum „temperare", so dass tempus das rechte musikalische Zeitmass (Tempo), „modus" aber „die rechte musikalische Weise" (Melodie) bezeichnet. Mit dem einen wie mit dem andern Verbum aber wird in der Folgebedeutung gesagt, dass einer Sache ihr „rechtes Mass", ihre „rechte Beschaffenheit" gegeben wird. Moderari leges kann sich also nur auf die Anpassung der Gesetze an die wirklichen Bedürfnisse des Lebens beziehen, oder auf jene Reformen in der Justiz, von welchen ich bisher gesprochen habe. Dass der Ausdruck „moderari" hier in einem alterthümlichen Sinne genommen ist, zeigt auch der Umstand, dass Festus [3]) durch ihn das alterthümliche „magisterare" erläutert, und [4]) dieses magisterare wieder durch „regere und temperare" erklärt, wesshalb nach Festus das moderari dem „regere und temperare", also einer reformatorischen Regierungsthätigkeit entspricht. Dass das corrigere judicum sententias eine Verbesserung oder Reformation der Urtheile bedeutet, brauche ich nach meiner obigen Erklärung dieses Wortes nicht weiter auszuführen. Die Nachricht dieses auctor incertus gibt also dem Prätor urbanus genau die Stellung, welche ich für diesen aus ganz anderen Prämissen gewonnen habe. Ich muss also folgern, dass die Nachricht dieses Auctor's auf die Zeit nach der lex Aebutia und vor dem Untergange der Republik zu beziehen ist. Dies muss um so mehr angenommen werden, weil dieser Auctor auch die Stellung des Prätor peregrinus genau so angibt, wie sie sich nach der lex Aebutia gestaltet hatte. Während nämlich Pomponius in der Stelle über den zweiten Prätor durch sein „etiam" und „plerumque" andeutet, dass dieser Prätor in ältester Zeit keine ihm allein zukommende Jurisdiction hatte, und nur ein Mitarbeiter des Prätor urbanus eventuell der Consuln war, spricht ihm dieser Auctor eine ihm allein

---

3) pag. 126 M. 4) pag. 153 M.

zukommende Jurisdiction zu: praetores peregrini in urbe ideo constituti erant, ut peregrinis inter se disceptantibus jus dicerent, quia praetor urbanus sufficere non poterat. Die freien Excerpte dieses Auctor's müssen also einer Schrift entlehnt sein, welche noch die republicanichen Magistrate behandelt hatte. Vielleicht war es dieselbe Quelle, aus welchen auch Pomponius geschöpft hatte. In die Kaiserzeit kann ich diese Nachricht darum nicht verlegen, vorerst weil der Prätor urbanus der Kaiserzeit nicht mehr als Reformator der leges oder der Bestimmungen des grundgesetzlichen Civilrechts sich bezeichnen liess, dann aber auch darum, weil der Prätor urbanus und peregrinus dem Princeps gegenüber bereits wieder gleichgestellt waren, in dieser Nachricht aber der Prätor urbanus allein als das eigentliche und centrale Organ der Rechtsentwicklung, der Prätor peregrinus hingegen genau in jener Stellung erkennbar wird, welche ich oben angegeben habe. Ich glaube also die Nachricht des von Huschke edirten Auctor incertus als eine nachträgliche Bestätigung meiner bisherigen Beweisführung betrachten zu dürfen. — Zum Schlusse meiner Erörterungen über die lex Aebutia habe ich noch eine Einwendung zu beachten, welche Bekker [5]) gegen diejenigen erhoben hat, welche diesem Gesetze eine grössere Bedeutung zuerkannt hatten: „Wenn die lex Aebutia wirklich ein so kräftig reformirendes Gesetz war, dass ihr weit greifender Einfluss nie zu verkennen war, wie kommt es dann, dass wir sie auch bei Cicero nirgends erwähnt finden, der doch so oft von den juristischen Spitzfindigkeiten spricht?“ Weil das Gewicht dieser Einwendung mich ganz besonders trifft, so bin ich genöthigt, ihr einige Bemerkungen entgegen zu setzen.

Aus der Art, wie der Ps. Asconius die Stelle, in welcher Cicero die Begründung des prätorischen Rechtes auf einen besonderen Act zurückführt, (in Verrem II lib. I c. 44), commentirt: „quasi diceret, post conditam urbem aut post hominum memoriam“ lässt sich entnehmen, dass die lex Aebutia nicht zu den gemein bekannten Gesetzen gehörte. Es ist jedoch nicht schwer, die Gründe für diese Erscheinung aufzufinden.

Vor der lex Aebutia hatten die Pontifices auch für die Aufbewahrung und Erhaltung aller auf das Civilrecht sich beziehenden Gesetze zu sorgen; dieses Gesetz hatte aber das Civilrecht für alle Zeiten vom Sacralrecht getrennt, wesshalb von jetzt an die auf das Civilrecht sich beziehenden Gesetze für die Pontifices nur mehr ein rein

5) Prozessual—Consumption S. 33.

wissenschaftliches Interesse hatten. Seit aber die Pontifices mit der officiellen Aufbewahrung der Gesetze nichts mehr zu thun hatten, scheint es mit der Aufbewahrung und Erhaltung der Gesetze in Rom nicht am besten bestellt gewesen zu sein, weil Cicero de legib. III c. 4 dafür ein besonderes Grundgesetz formuliren zu müssen glaubt, und dieses in III c. 20 so motivirt: extremae leges sunt nobis non usitatae, rei publicae necessariae. Legum custodiam nullam habemus, itaque eae leges sunt, quas apparitores nostri volunt: a librariis petimus, publicis litteris consignatam memoriam publicam nullam habemus. (z. vgl. Mommsen, röm. Staatsr. I. S. 274).

Wenn nun bedacht wird, welche Stürme Rom nach den sechs für innere Reformen benützten, leidlichen Friedensjahren (464—470) zu bestehen hatte, wie es schon wieder im Jahre 471 mit den senonischen Galliern und den Etruskern, im J. 472 mit den Samniten, Lucanern, Bruttiern und Tarentinern, vom J. 473 bis 479 mit Pyrrhus zu kämpfen, und in der Zeit von 482 bis 484 schon die Einigung Italiens bewerkstelligt hatte, wie dann im Jahre 490 bereits der erste punische Krieg beginnt und bis 513 dauert; wie weiter die Bewegungen im Cisalpinischen Gallien ausbrechen, und hierauf die Kämpfe gegen die Ligurer, Sardinier, Illyrier, folgen, dann aber die Bojer, Insubrer, Turdisker und Gäsaten in Etrurien einfallen und diese Kriege die Römer bis 535 d. St. beschäftigen, wo bereits wieder der zweite punisehe Krieg beginnt, und bis 553 dauert: so muss eingeräumt werden, dass in diesen auf die lex Aebutia folgenden 88 Jahren, in welchen Rom wieder mehrmals um seine Existenz zu kämpfen hatte, für literarische Beschäftigungen kein Raum geboten war. Die literarische Thätigkeit fing sich erst zu regen an, nachdem die Schrecken Hannibals überstanden waren. Erst nach dem zweiten punischen Kriege schreibt Fabius Pictor (nach 533) als erster römischer Annalist seine Geschichte Roms von der Gründung der Stadt bis zum Ende des zweiten punischen Krieges. Ihm folgen P. Scipio (um 590), Acilius Glabrio, M. Porcius Cato, (nicht lange nach 586), allein ihre geschichtlichen Versuche behandelten nur die Kriegs- und politische Geschichte Roms; die Rechtsgechichte fand, mit Ausnahme Varro's, keinen Bearbeiter, wohl hauptsächlich aus dem Grunde, weil sie als eine unfruchtbare Disciplin betrachtet wurde. Ausserdem war die lex Aebutia ein Gesetz, dessen Durchsetzung im Augenblicke zwar von Fachkundigen gewürdigt werden konnte, dessen volle Bedeutung für das römische Civilrecht aber damals noch Niemand zu ermessen im Stande war, eine Eigenschaft

dieses Gesetzes, welche einst sogar Bekker selbst (a. a. O.) vermuthet hat. Die ganze Tragweite der lex Aebutia liess sich erst in jener Zeit erkennen, in welcher ihre langsam reifenden Früchte bereits gezeitigt vorlagen, nämlich in der Zeit der leges Juliae Augusti: es ist somit gewiss ein gewichtiger Beweis für die grosse Bedeutung dieses Verfassungsgesetzes, dass es trotz seines hohen Alters und der schlecht bestellten Ueberlieferung sogar noch den Juristen der Kaiserzeit wohl bekannt war, zumal wenn wir berücksichtigen, wie sehr dem römischen Volke schon in der ersten Kaiserzeit der Sinn für das Rechtsleben seiner grossen Vergangenheit, und damit auch die Kenntniss seiner alten Verfassungsgesetze abhanden gekommen war: Transeo prima discentium elementa, in quibus et ipsis parum elaboratur; nec in auctoribus cognoscendis, nec in evolvenda antiquitate, nec in notitia vel rerum vel hominum vel temporum satis operae insumitur (Dialog. de orat. c. 29).

Die Beziehung des Pontifical-Collegiums zu den Reformen des Pätor urbanus nach der lex Aebutia.

§. 30. Die reformatorische Thätigkeit des Prätor urbanus bestimmte sich natürlich nach den Verhältnissen der Rechtskunde, welche zur Zeit der lex Aebutia bestanden und noch lange nachher fortdauerten. Von der Publication des jus Flavianum bis zur lex Aebutia waren 15 Jahre verflossen, welche aber wegen der Fortdauer der Kämpfe mit den gefürchteten Samniten für die Beschäftigungen des Friedens und die Pflege der Wissenschaft keinen Raum boten. Mit dem Abschluss des grundgesetzlichen Civilrechts und mit jener Publikation war also nur soviel erreicht, dass jetzt das geltende Recht jedem zugänglich gemacht, und für die Bedürfnisse der Civilrechtspflege dadurch in ergiebigerer Weise gesorgt war, dass die Kenntniss des geltenden Rechtes ein Gemeingut der Nation werden konnte. Wer also Fähigkeit und Neigung besass, der konnte jetzt, mochte er Patricier oder Plebejer sein, sicher erwarten, dass ihm die Kenntniss des geltenden Civilrechts in der Geltendmachung seiner Persönlichkeit im öffentlichen Leben sehr zu Statten kommen werde.[1]) Allein die rein praktische Richtung in

---

1) Livius, 39, 40: Ad summos honores alios scientia juris — provexit. Cicero de off. II 19, §. 65: In jure cavere, consilio juvare atque hoc scientiae genere prodesse quam plurimis vehementer et ad opes augendas pertinet, et ad gratiam. Itaque cum multa praeclara majorum tum quod optime constituti juris civilis summo semper in honore fuit cognitio atque interpretatio.

der Thätigkeit der Kenner des Civilrechts musste so lange dauern, als die Kriege das ganze Leben des Volkes absorbirten, was bis zur Beendigung des zweiten punischen Krieges im Jahre 553 d. St. der Fall war. Die wissenschaftliche Pflege des Civilrechts war also mehr als ein Jahrhundert nach der lex Aebutia durch die politischen Verhältnisse Roms ausgeschlossen, woraus aber folgt, dass der Prätor urbanus der Unterstützung jener wissenschaftlichen Jurisprudenz der Privaten noch sehr lange entbehren musste, welche später an der Rechtsentwicklung einen so hervorragenden Antheil nahm. Unter denjenigen, „qui jus civile fundaverunt“ wird von Pomponius [2]) zuerst Publius Mucius Scaevola genannt; dieser war erst im Jahre 621 d. St. Consul und im J. 623 Pontifex Maximus [3]). Aber auch dieses Mannes wissenschaftliche Arbeit lässt sich nur als ein erster Versuch bezeichnen, weil Pomponius [4]) ein einheitliches und gegliedertes System des Civilrechts erst dessen Sohne Q. Mucius Scaevola zuschreibt (jus civile primus constituit), welcher im J. 659 Consul war und als Pontifex Maximus im J. 671 ermordet wurde. [5]) Die Rechtskunde hatte also noch lange Zeit nach der lex Aebutia ihren Sitz im Pontifical-Collegium, was sich auch daraus folgern lässt, dass das jus divinum wegen seiner vielen Beziehungen zum jus civile einer einseitigen Pflege widerstrebte, und somit die Pontifices zwang, auch mit dem Civilrecht sich ernst zu beschäftigen [6]). Es ist daher sehr glaublich, dass auch nach der lex Aebutia zum Pontificat, welches seit der lex Ogulnia auch den Plebejern zugänglich war, nur die utriusque juris prudentes gelangten, wesshalb ich der Erzählung, dass der erste plebeische Pontifex P. Sempronius Sophus (Consul 450) und der erste plebeische Pontifex Maximus, Tib. Coruncanius (Consul 474, Pontifex Maximus 500 oder 501) ihre Ehrenämter der Rechtskenntniss verdankten, nicht mit Mommsen [7]) die Natur der Ueberlieferung versagen und als blosse Muthmassung der Späteren betrachten möchte. Es ist dies meines Erachtens einer der Erklärungsgründe, warum die Schule der Pontifices ihren thatsächlichen Einfluss auf das Civilrecht erst im Zeitalter Cicero's einbüsste und warum ihre Principien die Entwicklung des Civilrechts noch mehr als ein Jahrhundert beherrschten.

Aus diesen Thatsachen glaube ich folgern zu dürfen, dass die Pontifices dem Prätor urbanus und dem rechtsuchenden Publikum gegenüber

---

2) L. 2 §. 39 D. de orig. jur. 3) Rudorff RG. I. S. 159.
4) a. a. O. §. 41. 5) Rudorff a. a. O. S. 160.
6) Cicero de leg. II, 19 §. 47; Ihering, Geist I. S. 293.
7) Röm. Gesch. I. 1 S. 474.

nach der lex Aebutia sich noch sehr lange im Alleinbesitze der juristischen Fachkenntnisse befanden, und dass somit jene oben besprochenen Nachrichten, welche die Pontifices nur als gewöhnliche juris periti darstellen [8]), aus der Zeit nach der lex Aebutia herrühren, und darum zwar Wahres berichten, aber nicht die ganze Wahrheit enthalten. Eine positive Bestätigung dessen enthält die Angabe des Pomponius [9]) über die Epoche machende Liberalität und Publicität, mit welchen der erwähnte Pontifex Maximus Tib. Coruncanius öffentlichen Unterricht und schriftliche Responsa ertheilte. Wie also die Römer die erste systematische Darstellung ihres Civilrechts einem Pontifex Maximus zu verdanken hatten (dem Q. Mucius Scaevola), so hatte auch den ersten öffentlichen Unterricht im Civilrecht ein Pontifex Maximus in's Leben gerufen.

Obwohl nun das Pontifical-Collegium nach der lex Aebutia noch lange Zeit als der Sitz der fachmännischen Jurisprudenz betrachtet werden muss, so mussten sich doch die Anforderungen an die juristischen Kenntnisse der Prätoren in dieser Zeit wesentlich steigern. Es fällt hier vor Allem ins Gewicht, dass wir hier mit den Männern des fünften Jahrhunderts d. St. zu thun haben, welches, wie wir wissen, ein Jahrhundert ernster und sittlicher Arbeit, wie kein zweites war, dass in dieser Zeit die Begriffe „Staatsmann und Jurist", sich deckten, dass also in einer Zeit, in welcher das Civilrecht des Grundgesetzes als fertiger Organismus vorlag, und sein Studium die Hauptbeschäftigung strebsamer Geister bildete, die Prätoren mit ungleich grösseren Kenntnissen den Richterstuhl besteigen mussten, als dies früher der Fall war. Dazu kommt noch der Umstand, dass die eigenthümliche Organisation der öffentlichen Aemter in Rom einseitige Richtungen völlig ausschloss, weil jeder, welcher sich dem öffentlichen Leben widmen wollte, bei seiner Vorbereitung die vorgeschriebene Stufenleiter der Aemter berücksichtigen, und somit entweder vom öffentlichen Leben sich ganz ferne halten, oder auch die für die Prätur nothwendige Jurisprudenz sich aneignen musste. Alle diese Momente gestatten die Folgerung, dass die Stadtprätoren in dieser Zeit bereits ein bedeutendes Mass der Selbstständigkeit in der Rechtspflege für sich in Anspruch nehmen durften, und dass die Pontifices von nun an nur in der Eigenschaft Gutachten erstattender Staatsjuristen den Stadtprätoren zur Seite standen. In dieser Weise bestimmt sich die Stellung der Pontifices zum Prätor urbanus auch dadurch, dass die lex Aebutia dem Pontifex Maximus und seinem Collegium die oberste, von jeglichem Einflusse des Prätors, Consuls, des Senates und der Volksversamm-

8) Vgl. Kuntze, Excurse S. 119—123. — 9) a. a. O. §. 39.

lung unabhängige Entscheidung in rebus divinis nicht entzog, die res divinae aber mit dem Civilrecht mehrseitig zusammenhingen, Gutachten des Pontifical-Collegiums also schon dieses Zusammenhanges wegen eingeholt werden mussten. Weil nun auch die Interessen der Stände im Pontifical-Collegium ausgeglichen waren, so ist nicht zu bezweifeln, dass die Stadtprätoren bei ihren Reformen im Civilrecht der fachmännischen Unterstützung der Pontifices im reichsten Masse sich erfreuten. Dies glaube ich umso mehr annehmen zu dürfen, als ich auch die sagenhafte Geheimlehre der Pontifices auf ein Missverständniss der späteren Berichterstatter zurückgeführt habe, unten aber den Beweis antreten werde, dass die pontificischen Klagformen wegen ihrer weitreichenden Angriffs- und Vertheidigungsclauseln an die juristischen Kenntnisse der Geschwornen bedeutende Anforderungen stellten, also eine directe Widerlegung dieser Geheimlehre enthalten.

VI. Capitel.

Bestimmung der Richtungen der Reform des Prätor urbanus im Gebiete des Civilrechts.

Vorbemerkungen.

§. 31. Ich habe oben gesagt, dass sich Rom durch die lex Aebutia für das Gebiet des Privatrechts als italische Grossmacht constituirt hatte, damit wurde aber auch die Behauptung ausgesprochen, dass bereits dieses Gesetz die Aufnahme des jus gentium in das Römische Civilrecht angebahnt hatte. Von diesem Standpunkte aus bewirkte also die lex Aebutia zugleich eine ebenso entscheidende Wendung in der Geschichte des römischen Privatrechts, als früher die Decemviral- und später die Julische Gesetzgebung. Mir liegt also zunächst die Frage vor, ob Rom in der Zeit der lex Aebutia wirklich schon die Stellung unter den Staaten Italiens sich erobert hatte, dass es sich als künftige italische Grossmacht betrachten und einrichten musste, und in welchem Zeitraume es diese seine Grossmachtstellung definitiv verwirklichte. Weil nun bei der Beantwortung dieser Frage nicht bloss die rasch fortschreitende Vergrösserung des zusammenhängenden Gebietes der römischen Gemeinde und die Municipien und Colonien römischer Bürger in Italien, für welche Rom die juristische Heimath war, sondern auch die Völkerschaften Italiens anzugeben sein werden, mit welchen Rom seit der Decemviralgesetzgebung in den engsten Lebensverkehr getreten war, und deren Interessen also auch im Gebiete des Privatrechts zu be-

rücksichtigen waren, so wird sich aus den berührten geschichtlichen Momenten zugleich von selbst ergeben, welche Bestimmungen des jus proprium civium Romanorum in Folge dieser Veränderungen unhaltbar geworden waren. Die besondere Hervorhebung dieser geschichtlichen Momente halte ich aber hier darum für nothwendig, weil die Aufnahme des jus gentium in das römische Civilrecht jetzt in eine viel spätere Zeit gesetzt wird mit Ausnahme Kuntze's, welcher allein die mit der Decemviralgesetzgebung beginnende Periode mit dem Jahre 504/250 abschliesst (Cursus, S. 56). Es ist ein glücklicher Umstand, dass ich bei der Beantwortung der oben angegebenen Frage die Forschungen des gründlichsten Kenners dieser Periode der römischen Geschichte, Theodor Mommsen's verwerthen kann.

Geschichtliche Momente zur Bestimmung der Richtungen der Reform des Civilrechts durch den Prätor urbanus.

§. 32. Zur italischen Grossmacht hatte sich Rom durch den Sturz der etruskischen Macht, durch die Niederwerfung der Latiner und Campaner und den Sieg über die Italiker den Weg gebahnt.

Der Sturz der etruskischen Macht hatte zur Folge, dass das ganze südliche Etrurien bis zu den ciminischen Hügeln in den Händen der Römer blieb, welche dann in den Gebieten von Veji, Capena und Falerii vier neue Bürgerbezirke einrichteten (367 a. u.), und die Nordgränze durch die Anlegung der Colonien Sutrium (371) und Nepete (381) sicherten. Rasch ging dieser fruchtbare und mit römischen Colonien bedeckte Landstrich der vollständigen Romanisirung entgegen. Schon im J. 411 trat Falerii aus dem etruskischen Bunde in den ewigen Bund mit Rom. Damit war nun ganz Süd-Etrurien in der einen oder anderen Form der römischen Herrschaft unterworfen. Den Etruskern blieben nach dem Verluste ihrer Besitzungen in Campanien und der ganzen Landschaft vom Apennin und südlich vom Ciminischen Walde nur sehr beschränkte Gränzen übrig.

Ebenso glückliche Erfolge hatten die Unternehmungen der Römer gegen die Latiner und Campaner.

Schon im J. 308 behielten die Römer ein zwischen den Aricinern und Ardeaten streitiges Gränzgebiet für sich, sandten im J. 312 römische Colonisten nach Ardea, dann nach Suessa Pometia, Circeji (361), Satricum (369), Suetia (371) und wurden im J. 377 Herren im Pomptinischen Gebiet. Im Jahre 394 musste Tusculum in

den römischen Bürgerverband treten, und im J. 396 wurden im Pomptinischen Gebiet zwei neue Bürgerbezirke eingerichtet.

Als leitende Macht des aus 30 Gemeinwesen bestehenden Latinischen Bundes war Rom von jeher bestrebt gewesen, die Erstarkung und Ausdehnung dieses Bundes zu verhindern, und die einzelnen Mitglieder von sich abhängig zu machen; im Jahre 370 aber war dieser Bund ein für alle Mal auf seine bisherigen Gränzen beschränkt worden. Ausserdem hatten noch 17 Ortschaften das Recht der Theilnahme am Latinerfeste, aber kein Stimmrecht in den Tribusversammlungen. Auf diesem Bestande der 47 theilberechtigten und 30 stimmberechtigten Orte blieb der Bund seit dem J. 370 unabänderlich bestehen, und die nach diesem Jahre mit dem Latinerrechte ausgestatteten Orte wurden nicht bloss nicht mehr in den Bund aufgenommen, sondern sie wurden auch privatrechtlich insofern von einander getrennt gehalten, dass sie das Verkehrsrecht (commercium) und das Eherecht (connubium) nicht unter einander, sondern nur mit Rom haben sollten.

Nach der Eroberung von Veji (358) und des Pomptinischen Gebietes war es den Römern möglich geworden, die Zügel der Hegemonie über diesen Latiner-Bund noch straffer anzuziehen und die neugegründeten latinischen Gemeinwesen unter einander in eine so isolirte Stellung zu bringen, dass sie thatsächlich Roms Unterthanen wurden. Dieser Druck hatte ihre allgemeine Erhebung gegen Rom zur Folge, nachdem sie an den Samniten geachtete Bundesgenossen gefunden hatten. Nach Besiegung der Volsker (377) waren die Römer an den Liris vorgedrungen und hatten den Privernaten und Aurunkern daselbst Sora entrissen (379), wodurch sie mit den Samniten bald in gesuchte Feindseligkeiten geriethen. Alle ursprünglichen latinischen Städte, mit Ausnahme der römischen Colonien in Latium, traten an die Seite der Samniten; dasselbe thaten Capua und die Volsker, allein die Römer siegten in der entscheidenden Schlacht bei Trifanum (414) über die vereinigten Latiner und Campaner und unterwarfen sich im J. 416 die ganze Landschaft. In Folge dieses Sieges wurde der latinische Bund nach seiner politischen Seite hin aufgelöst und zu einer rein religiösen Festgemeinschaft herabgedrückt, die einzelnen Staaten des aufgelösten Bundes aber gezwungen, mit Rom ein ewiges Bündniss der Abhängigkeit zu schliessen, wobei sie ihr Commercium und Connubium mit Rom behielten. Tibur und Praeneste hingegen mussten auch Stücke ihres Gebietes an Rom abtreten und noch härter wurde das Kriegsrecht gegen andere Latinische und Volskische Gemeinden ausgeübt. In die bedeutendste und zu Wasser und Lande wehrhafteste Volsker-Stadt Antium wur-

den römische Colonisten gesandt, und die Altbürger gezwungen, nicht bloss denselben die nöthigen Aecker abzugeben, sondern auch selbst in den römischen Bürgerverband einzutreten (416). In die zweite wichtige Volskische Küstenstadt Tarracina gingen gleichfalls wenige Jahre später (425) römische Ansiedler, und die Altbürger wurden auch hier entweder ausgewiesen oder der neuen römischen Bürgergemeinde einverleibt. Auch Lanuvium, Aricia, Nomentum und Pedum wurden römische Bürgergemeinden. Velitrae wurde wahrscheinlich nach caeritischem Rechte constituirt. Von dem gewonnenen Acker wurde ein Theil, z. B. die Ländereien der Rathsmitglieder von Velitrae, an römische Bürger vertheilt; mit diesen Einzel-Assignationen und mit den neu in den Bürgerverband eintretenden Gemeinden hängt die Errichtung von zwei neuen Tribus im J. 422 zusammen.

In gleicher Weise wurde die römische Herrschaft auch in dem südlichen Volskischen und Campanischen Gebiet durchgeführt und befestigt. Fundi, Formiae, Capua, Kyme und eine Anzahl anderer Städte wurden abhängige römische Gemeinden caeritischen Rechtes. Um Capua zu sichern, wurde seine Gemeindeverwaltung im römischen Interesse revidirt und controlirt. Dieselbe Behandlung erlitt Privernum, dessen letzter Kampf mit der Erstürmung der Stadt durch die Römer im J. 425 endigte. Um eine eigene römische Bevölkerung in diesen Gegenden emporzubringen, theilte man von den eroberten Ländereien, namentlich im Privernatischen und Falernischen Gebiet so zahlreiche Ackerlose an römische Bürger aus, dass dort schon im J. 436 zwei neue Tribus errichtet werden konnten.

Die Anlegung zweier Colonien mit latinischem Recht sicherte schliesslich das neu gewonnene Land. Es waren dies Cales (420) mitten in der Campanischen Ebene, um von dort aus Teanum und Capua zu beobachten, und Fregellae (426), welches den Uebergang über den Liris beherrschte. Auch nach Sora, welches den Samniten überlassen worden war, wurde vertragswidriger Weise eine römische Besatzung gelegt und die Beschwerde der Samniten nicht beachtet.

Während nun Rom so beschäftigt war, die latinische Eidgenossenschaft zu vernichten und den Widerstand der Volsker zu brechen, lagen die Samniten mit den italischen Griechen im Kampfe. Diese hatten die Städte Palaeopolis und Neopolis, die einzigen nicht unterworfenen Gemeinden innerhalb des römischen Gebietes, in ihre Botmässigkeit gebracht, und dadurch im Jahre 427 den Wiederausbruch des Krieges veranlasst. Von ihren Bundesgenossen, den Campanischen Griechen, und den Sabellischen Städten Nola, Nuceria, Herculanum und Pompeji verlassen, baten die Samniten schon im J.

432 um Frieden, welcher ihnen aber verweigert wurde. Nun greifen die Samniten zur äussersten Abwehr und erzwingen im J. 433 die Friedensbedingungen von Caudium, welche aber der römische Senat verwarf. Im weiter geführten Kriege ergibt sich Luceria im J. 435, eine Stadt fällt nach der andern, bis Apulien und Campanien in die Hände der Römer geriethen. Während der Kampf mit den geschwächten Samniten noch fortdauert, suchen die Römer bereits das eroberte Gebiet sicher zu stellen. Sie senden nach Apulien und Campanien Colonien, und zwar nach Luceria in Apulien, nach Pontiae zur Sicherung der Campanischen Gewässer, nach Saticula an der Campanisch-samnitischen Gränze als Vormauer gegen Samnium, nach Interamna (bei Monte Cassino) und Suessa Aurunca (Sessa) auf der Strasse von Rom nach Capua (440—442). Ausserdem kamen Besatzungen nach Colatia, Sora und andere wichtige Plätze. Inzwischen gelang es den um ihre Existenz ringenden Samniten die Etrusker und andere Völker Nord- und Mittel-Italiens für ihre Sache zu gewinnen und gegen Rom eine neue Coalition ins Werk zu setzen, allein auch diesmal bald von ihren Bundesgenossen verlassen, büssen sie schon im J. 446 den Kern ihres Heeres ein und sehen auch Luceria in Campanien fallen, die letzte Stadt, welche noch zu ihnen gehalten hatte. Zwar finden die Samniten noch einmal Bundesgenossen an den Marsern und Pelignern, und selbst aus dem Rom immer getreuen Gebiete der Herniker eilen Schaaren von Freiwilligen in ihre Reihen, aber bald werden die Peligner und die Marser geschlagen und die Samniten wieder auf ihre eigene Kraft angewiesen. Nun erheben sich auch die Herniker, doch hatte auch der Feldzug der Samniten vom J. 449 keinen anderen Erfolg, als dass die Samniten nach einem bereits 22jährigen Kampfe um den Frieden bitten mussten, dem sich auch die Marser, Marruciner, Peligner, Frentaner, Vestiner und Picenter anschlossen. Die Sabellischen Staaten erneuerten das Bündniss der Abhängigkeit mit Rom (450) und traten auch einige Gebietstheile ab.

Rom hatte also vollständig gesiegt; es unterliess nun zwar, das südliche Italien zur formellen Anerkennung der römischen Herrschaft zu zwingen, allein es benützte seinen Sieg, um die Unterwerfung von Mittel-Italien zu ergänzen und sicher zu stellen, wozu schon durch die in Campanien und Apulien angelegten Colonien der Grund gelegt worden war.

Der Bund der Herniker wurde aufgelöst, seine Gemeinden wurden Passiv-Bürger Roms. Auf einem Theile seines Gebietes am oberen Trerus (Sacco) wurde überdies eine neue Tribus eingerichtet (455). In dem Theil der Volskischen Landschaft, welcher bis da-

10 *

hin im Besitze der Samniten war, wurde Arpinum unterthänig, Frusino eines Drittels seiner Feldmark beraubt, und am oberen Liris neben Fregellae die schon früher mit einer Besatzung belegte Volskerstadt Sora jetzt auf die Dauer in eine latinische Colonie verwandelt und eine Legion von 4000 Mann dahin verlegt.

So war das alte Volsker-Gebiet vollständig unterworfen und ging seiner Romanisirung schnell entgegen.

In die Landschaft, welche Samnium und Etrurien scheidet, wurden zwei Militärstrassen geführt, und beide durch Colonien gesichert. Auch Corioli und Alba erhielten Colonien (451—453), und Alba zugleich eine Besatzung von 6000 Mann.

Durch die grossen Strassen- und Colonieanlagen zur bleibenden Sicherung Apuliens und Campaniens wurde aber Samnium weiter nach Osten und Westen von dem Netz der römischen Colonien umstrickt, und die Samniten begriffen, dass ein solcher Friede für sie verderblicher sei, als der Krieg. Sie bringen ein Bündniss mit den Lucanern und eine Erhebung der Etrusker zu Stande, welche Rom im Jahre 456 mit der Kriegserklärung beantwortet. Die Lucaner werden bald zum Frieden genöthigt, die Coalition der Samniten und Etrusker dauert zwar fort, allein schon im Jahre 459 wird das Coalitionsheer durch die entscheidende Schlacht bei Sentinum aufgelöst, worauf die Etrusker um Frieden bitten, die Samniten aber den Krieg fortführen, im J. 461 die Schlacht bei Aquilonia verlieren, und nach einem noch in ihren Burgen und Bergen fortgesetzten hartnäckigen Kampfe zusammenbrechen. Der Friede des Jahres 464 machte dem 37jährigen Kriege der Samniten gegen Rom ein Ende. Inzwischen war Rom zur Sicherstellung auch des campanischen und adriatischen Litorals geschritten. Campanien war zwar schon längst unterthänig, allein man hielt die campanische Küste nicht völlig gesichert; es wurden also dort zwei Colonien angelegt: Minturnae und Sinuessa (459), deren neue Bürgerschaften nach den für Küsten-Colonien feststehenden Grundsätzen in das volle römische Bürgerrecht eintraten.

Energischer noch wurde die Ausdehnung der römischen Herrschaft in Mittel-Italien gefördert. Hier wurde sämmtlichen Sabinern das römische Unterthanenrecht aufgenöthigt (464) und in den Abruzzen nicht weit von der Küste die Colonie Hatria angelegt (465). Aber die wichtigste Gründung war die von Venusia (463), wohin die unerhörte Zahl von 20,000 Colonisten geführt wurde. Diese Stadt, an der Markscheide von Samnium, Apulien und Lucanien, auf der

grossen Strasse zwischen Tarent und Samnium in einer ungemein festen Stellung gegründet, war bestimmt, die Zwingburg der umwohnenden Völkerschaften zu sein und die Verbindung zwischen den beiden mächtigsten Feinden Roms im südlichen Italien zu unterbrechen. „So erstreckte sich, als die samnitischen Kriege zu Ende gingen, das geschlossene römische Gebiet nordwärts bis zum Ciminischen Walde, östlich bis an die Abruzzen, südlich bis nach Capua, während sich die beiden vorgeschobenen Posten, Luceria und Venusia, auf den Verbindungslinien der Gegner gegen Osten und Süden angelegt, dieselben nach allen Seiten isolirten“[1]).

Mit diesem kurzen Nachweis der Machtstellung Roms in der Zeit der lex Aebutia ist das zu verbinden, was Mommsen über den Binnenhandel in Italien, über den überseeischen Verkehr und die grossstädtische Entwicklung Roms mittheilt[2]).

Das Territorium und die durch Municipien und Colonien vermittelte Machtsphäre, welche der römische Staat bei Beendigung des Krieges mit den Samniten besass, gaben dem römischen Volke die vollste Berechtigung, sich als künftige Grossmacht Italiens zu betrachten, und enthielten für die fernsichtigen Politiker Roms die Aufforderung, die inneren Verhältnisse des Staates mit seiner errungenen äusseren Machtstelluug in Einklang zu bringen, den eingetretenen Frieden zu inneren Reformen zu benützen und den Staat für die Grossmachtstellung zu constituiren.

Wie schnell aber Roms berechtigte Erwartungen sich allseitig erfüllten, dafür mögen folgende kurze Bemerkungen genügen.

In Folge einer Coalition der Lucaner, Samniten, Tarentiner, Etrusker, Umbrer und Gallier gegen Rom war der Krieg schon im J. 469 wieder entbrannt, allein die Römer schlugen das vereinigte Heer der Etrusker und Gallier schon im J. 471 in der Nähe des Vadimonischen Sees, und gewannen dadurch freie Hand gegen Unteritalien, wo in den Jahren 469—471 der Kampf nicht ernstlich geführt worden war. Schon im Jahre 472 wurde die schwache römische Armee in Thurii, welche sich gegen die Lucaner und Bruttier nur mit Mühe behauptet hatte, befreit und die Lucaner in einem grossen Treffen geschlagen. Die kleineren dorischen Städte schlossen sich freiwillig an die Römer, welche nun in Lokri, Kroton, Thurii und namentlich in Rhegium Besatzungen zurückliessen.

Die Vernichtung der Gallier hatte den Römern eine bedeutende Strecke des adriatischen Litorals in die Hände geliefert. Zur Si-

1) Mommsen I. S. 385. 2) Röm. Gesch. I. S. 446 fg., 448 fg., 441 fg.

cherung der Küste des adriatischen Meeres gegen die drohende Invasion der Epiroten und unter Hinblick auf die unfreundlichen Verhältnisse mit Tarent wurde eine Bürger-Colonie in Sena (Sinigaglia) im Jahre 471 angelegt. Die folgenden Verwicklungen mit den Tarentinern führen den von diesen zu Hülfe gerufenen König der Epiroten, Pyrrhus, nach Italien, welcher nach verschiedenen Wechselfällen des Krieges bei Benevent im Jahre 479 in einer entscheidenden Schlacht unterlag.

„Seitdem die Fäden des so fein wie fest um ganz Italien geschlungenen Netzes in den Händen der römischen Gemeinde zusammenliefen, schreibt Mommsen[3]), war die römische Gemeinde eine Grossmacht und trat anstatt der aus der Reihe der politischen Mächte gelöschten Mittel- und Kleinstaaten in das System der Staaten des Mittelmeeres ein. Gleichsam die officielle Anerkennung seiner neuen Stellung empfing Rom schon im Jahre 481 durch die Gesandtschaften, welche von Alexandria nach Rom und wieder von Rom nach Alexandria gingen.“

Im Jahre 482 fiel auch Tarent in die Hände der Römer, welchen sich nun auch die Samniten, Lucaner und Bruttier und zuletzt auch Rhegium unterwarfen. „Mit der Erstürmung von Rhegium im Jahre 484 war ganz Italien zur Unterthänigkeit gebracht“ [4]).

Zur Sicherung dieser ungeheueren Erwerbungen wurde wiederum eine Reihe von Colonien angelegt: in Lucanien Paestum und Cora (481), als Zwingburg für Samnium Beneventum (486) und Aesernia (um 491); als Vorposten gegen die Gallier Ariminium (486); im Picenum Firmum (um 490) und die Bürger-Colonie Castrum novum.

Seine Stellung als italische Grossmacht hatte also Rom nach der lex Aebutia schon in 19 Jahren nicht bloss vollständig verwirklicht, sondern auch für Jahrhunderte gesichert.

Juristische Momente zur Bestimmung der Richtungen der Reformen des Civilrechts durch den Prätor urbanus.

§. 33. Es ist nicht bestritten, dass die grundgesetzlichen Bestimmungen des Processerhebungsverfahrens dem Geladenen die unbedingte und ausnahmslose Folge vor Gericht vorschrieben und dem Ladenden das Recht geben, den Geladenen, wenn er sich zu folgen weigerte, mit Gewalt vor Gericht zu schaffen. Es ist klar, dass diese Bestimmungen auf der Voraussetzung beruhten, dass Kläger und Beklagter den Nachbarn bekannte Persönlichkei-

---

3) Röm. Gesch. I. S. 433. 4) Mommsen a. a. O. I. 415.

ten seien, deren sittliche Anschauungen und rechtliche Grundsätze durch den steten Verkehr im öffentlichen Leben bekannt vorliegen, also die Frage, wer von Beiden Recht habe, in der Regel schon von vornherein entschieden sei, eine Gewaltanwendung also nur gegen Individuen Platz greifen könne, denen die Nachbarschaft bereits ihre sittliche Achtung entzogen hatte. Der Richterstuhl des Magistrats stand in nächster Nähe: kein Ehrenmann konnte sich geweigert haben, mit seinem Kläger sich dorthin zu begeben, sich dort die Klage ediren zu lassen und dann heimzukehren, und sich auf den Process vorzubereiten [1]) Wer also bei diesen Verhältnissen dem Ladenden die sofortige Folge vor Gericht verweigerte, und sich durch Widerstand davon befreien wollte, der konnte bei seinem Widerstande auf die Mitwirkung seiner Mitbürger in dem Masse nicht rechnen, als der Kläger derselben sicher sein konnte. Dabei ist noch hervorzuheben, dass die Gewaltanwendung nur ein Recht und nicht eine Pflicht des Klägers war, und dieses Recht zunächst nur die practische Bedeutung hatte, dem Geladenen zu Gemüthe zu führen, dass das Gesetz dem Ladenden hinreichende Mittel biete, jeden Widerstand zu brechen. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen setzt also im Wesentlichen Verhältnisse voraus, wie solche nur in einer kleinen Stadtgemeinde sich vorfinden, in welcher das Princip der unbedingten Oeffentlichkeit des Lebens und der unmittelbaren Betheiligung aller Bürger am öffentlichen Leben seinen vollen Ausdruck gefunden hat.

Wiewohl sich nun aus der Nachricht des Gellius in XX 10. §. 9 folgern lässt, dass einer der richterlichen Magistrate, in jener Zeit, in welcher der ager Romanus noch nicht so sehr erweitert war, zur bestimmten Zeit den Gerichtssprengel bereiste, die Processe an Ort und Stelle instruirte, und ihm, weil das Gericht (jus) immer da war, wo der Magistrat als judex sich befand, auch andere Klagen edirt werden konnten, so war doch diese Einrichtung unhaltbar geworden, so bald der Verkehr sich nicht mehr auf bekannte Personen beschränkte, Kläger und Beklagter in Folge der grossen Entfernungen bloss wegen der editio actionis sich nicht mehr zum richterlichen Magistrat begeben, dieser aber nicht mehr zu ihnen kommen konnte, abgesehen davon, dass nun gegen einen Widerspänstigen die persönlichen Machtmittel des Klägers nicht mehr ausreich-

---

1) Der Nachweis der „Vorverhandlung" im Processe des Grundgesetzes gehört in die Processlehre, hier kann ich mich nur auf meine kurzen Bemerkungen in meinem „Process der Verginia" 1860 S. 57 berufen.

ten. Eine Reform dieser Bestimmungen des Grundgesetzes war also unabweislich geworden.

Weil der Process des Grundgesetzes alle Halbheiten vermieden, und nur durchgreifende Bestimmungen enthalten hatte, so gestattete er in der Regel nur eine persönliche Processführung, was für die Verhältnisse wie sie zur Zeit der Decemviralgesetzgebung bestanden, vom Standpunkte der raschen Processführung und auch aus anderen Erwägungen sich rechtfertigen lässt. In den Fällen, in welchen das Bedürfniss unserer Stellvertretung des Beklagten zu befriedigen war, wurde dieses Bedürfniss nicht durch Repraesentation, sondern durch eine solche Intervention eines Dritten befriedigt, dass der Intervenient mit Einwilligung des Klägers die ganze causa des Beklagten als eigene zur Processführung übernahm (suo nomine agere). Dieser Intervenient hiess vas und war mit Willen des Klägers für den von der manus injectio noch nicht Getroffenen hinsichtlich der Beschaffenheit der Intervention genau das, was dem vom Willen des Klägers unabhängige Vindex für den von der manus injectio Getroffenen war. Wer für diesen vas auf gleiche Art mit seiner Person eintrat, hiess subvas, und ausserdem gab es vades noch für die Sistirung des Beklagten. Die Bestellung aller dieser vades musste aber stets gerichtlich und zwar in der Vorverhandlung („rebus inceptis")[2]) geschehen, um durch den publicistischen Charakter ihrer Bestellung jedes weitere Processiren über den Rechtsbestand des Vadimoniums und der Haftung abzuschneiden, und seiner Zeit die sofortige Execution zu ermöglichen. Der Stumme war wohl für jede legis actio, der Blinde gewiss für die Vindication ein „rebus inceptis parum idoneus" (Varro).

Es ist klar, dass diese Natur der vades und des vadimonium nur unter einander nahe stehenden Personen keine Schwierigkeiten erzeugte, dass sie aber unhaltbar wurde, als die Bürger sich einander entfremdet hatten durch den Umschwung der Verhältnisse, welcher oben angedeutet wurde. Nur die Reform dieses Vadimonienrechtes meint Gellius, wenn er in XVI 10. §. 8 von dem Verschwinden der vades und subvades in Folge der lex Aebutia spricht, da es bekannt ist, dass es vades und vadimonia auch noch nach der lex Aebutia gab.

Weil die grundgesetzliche actio in rem unmittelbar gegen das Streitobject (res) gerichtet war, die Individualität und Identität desselben also ausser Frage gestellt sein musste, so war diese forma agendi[3]) so componirt, dass sie nur vollzogen werden konnte, wenn

---

2) vgl. Varro L. L. VI. 74. — 3) Bei Gaius IV, 16 noch erhalten.

das Streitobject in jure gegenwärtig war: die beweglichen Streitobjecte mussten also zum richterlichen Magistrat an Ort und Stelle des Gerichtes gebracht oder geführt werden, zu den unbeweglichen, zu den schwer oder gar nicht transportablen musste der Magistrat sich selbst begeben. So lange nun die alten Verhältnisse dauerten, konnten diese Bestimmungen keine Schwierigkeiten erzeugen: für die Besitzregulirung waren sie sogar sehr zweckdienlich. Allein wie sollten in der Zeit, von der ich spreche, alle beweglichen Sachen zum Prätor gebracht oder geführt, für Thiere sogar Ställe in Rom gemiethet werden, um an ihnen die Vindication vorzunehmen? Wohl ist es wahr, dass diese Formel der Vindication auch in der späteren Zeit beibehalten wurde, weil sie besondere Vortheile bot, und dass der Prätor, um sie brauchbar zu erhalten, später zu Fictionen griff[4]); aber mit der Fiction allein war diese Vindicationsformel nicht zu retten, weil die Besitzregulirung an einer „Erdscholle" oder an einer „Flocke Wolle" (Gellius und Gaius), statt an dem Grundstücke, bez. der Schaafherde selbst vorgenommen, so gut wie keine gewesen wäre. Darum konnte auch die Fiction, welche Gaius und Gellius berichten, nicht früher Platz greifen als dem Prätor die Möglichkeit geboten wurde, eine tiefer greifende Reform vorzunehmen.

Die Execution des Grundgesetzes war unmittelbar gegen die Person des Schuldners gerichtet, weil dieser für die Befriedigung des Gläubigers stets auch mit dem Vermögen haftete, welches in seiner physischen, intellectuellen und rechtlichen Erwerbsfähigkeit lag. Die Obligation, d. h. der Einsatz der eigenen Person, war gerade desshalb nicht übertragbar, weil die erwähnte Erwerbsfähigkeit bei jedem Individuum eine andere ist. Wenn nun auch die lex Poetelia von 441 d. St. neben diese Personal-Execution eine Real-Execution gesetzt hatte, so blieb doch, wenn das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung des Gläubigers nicht ausreichte, die Bestimmung der Zeit, für welche der Schuldner der hausherrlichen Gewalt des Gläubigers und ihren Folgen unterworfen sein sollte, noch immer dem Gläubiger überlassen[5]). Seit sich aber die römischen Bürger so ferne standen, wie die grosse Ausbreitung der römischen Bürgerschaft es nothwendig mit sich brachte, waren auch jene mildernden Bestimmungen illusorisch geworden, welche die Decemvirn zu Gunsten der Auslösung eines Schuldners durch den Appel an das Mitleid seiner Mitbürger getroffen hatten. Im Executions-

---

4) vgl. Gaius IV. 17. Gellius XX. 10, 9.

5) z. s. Anhang, die Bedeutung der Worte damnatio, damnas, damnum und der condemnatio im römischen Civilprocess, a. E.

Verfahren waren also Reformen im Interesse der fortgeschrittenen Humanität und politischen Freiheit dringend, zumal im Interesse der Plebejer, welche in Folge ihrer Verschuldung den thatsächlichen Genuss ihrer politischen Rechte einbüssten[6]).

Ein herrschendes Princip des grundgesetzlichen Civilrechts war der Formalismus: es waren nicht bloss die Klagrechte in gesetzlich bestimmter Form geltend zu machen, sondern es war auch die Begründung der Rechte durch Rechtsgeschäfte an gesetzlich bestimmte Formen gebunden. Ansprüche, welche entweder nicht unmittelbar aus dem Gesetze entsprungen, oder nicht in der gesetzlich bestimmten Form begründet worden waren, konnten durch die legis actio nicht verfolgt oder vertheidigt werden. Weil nun die Formen der Rechtsgeschäfte die Verhältnisse der noch kleinen römischen Stadtgemeinde zur Voraussetzung ihrer Praktikabilität und ihres Werthes hatten, so waren sie jetzt für den gesteigerten Verkehr theils ganz unanwendbar, theils drückend geworden, theils hatten sie ihren früheren hohen Werth verloren. Der Prätor urbanus war also genöthigt, in den Richtungen des Verkehrs die ausschliessliche Geltung des Formalismus aufzugeben, und dem Princip der Formfreiheit auch in das römische Civilrecht Eingang zu verschaffen, zumal Rom jetzt mit vielen Völkerschaften in den engsten Lebensverkehr getreten war, welche einerseits selbst dem Princip der Formfreiheit huldigten, anderseits aber vom Gebrauche der nur für die römischen Bürger giltigen Geschäftsformen ausgeschlossen waren.

Um nun mit dem Obligationenrechte zu beginnen, so forderte der gesteigerte Verkehr die Anerkennung der Ansprüche aus den formfreien Verträgen, den Real- und Consensual-Contracten, womit ich einer Frage begegne, welche schon seit Hugo[7]) erörtert, in neuester Zeit von Bekker[8]) wieder in Anregung gebracht, besonders von Demelius[9]) gefördert und in letzter Zeit von Dernburg[9a]), Ubbelohde[9b]) und wieder von Bekker[9c]) fortgeführt wurde. Bethmann-Hollweg[10]) hält den von Bekker geführten Beweis, dass selbst noch Plautus die actio empti venditi nicht gekannt habe, als nicht er-

6) z. vgl. Mommsen, Röm. Gesch. I. S. 305.

7) Rechtsgesch. 11. Aufl. S. 280.

8) Dissertatio de emptione et venditione, quae Plauti fabulis fuisse videtur, Berolini 1853.

9) Ztsch. f. RG. II. Bnd. 1863 S. 177—238.

9a) Compensat. 2. Aufl. S. 48 fg.

9b) Zur Geschichte der benannten Real-Contracte, 1870.

9c) Die Aktionen des Röm. Pr. R. I., besonders Beilagen E. u. F. S. 306—315.

10) Civilpr. I. S. 166. Noten 8 u. 12.

bracht, glaubt aber auch Demelius nicht überall beistimmen zu können, und stellt[11]) die Vermuthung auf: „Da der Prätor in dieser Zeit sich noch nicht für ermächtigt hielt, ohne Gesetz eine legis actio zu gewähren, so ist die Vermuthung nicht zu gewagt: Wie die lex Silia und Calpurnia die Klagbarkeit des „certum“ erweiterte, so hat ein uns unbekannter Volksschluss des 5. oder 6. Jahrhunderts die Ausdehnung der judicis postulatio auf jene Fälle des incertum diese Entwicklung des römischen Contractsrechtes bewirkt.“

Die hier berührte Ansicht Bekkers steht mit seiner oben angeführten Anschauung über den Inhalt und die Zeit der lex Aebutia im Zusammenhange, wornach dieses Gesetz nicht einmal in das 6. Jahrhundert zu setzen wäre. Weil nun diese Anschauung mit den von mir gewonnenen Ergebnissen über die lex Aebutia nicht übereinstimmt, so habe ich zwischen den Ansichten von Bekker und Demelius keine Wahl, sondern muss mich unbedingt auf die Seite des Letzteren stellen, welcher auf Grund der von ihm erörterten Stellen bei Plautus darthut, dass zur Zeit dieses Dichters nicht bloss das formlose mutuum, wie dies wohl auch schon früher angenommen worden und auch von Bekker nicht bestritten wird, sondern auch die Consensual-Contracte klagbar waren[12]) ohne in stipulationes incertae eingekleidet werden zu müssen, wie Bekker[12a]) behauptet. Bezüglich der Art, in welcher diese Klagbarkeit vermittelt wurde, muss ich jedoch schon hier bemerken, dass Plautus noch keine Formel des Edictes zur Geltendmachung dieser Ansprüche kennt.

Was Bethmann-Hollwegs Vermuthung betrifft, so werde ich unten das Gesetz näher zu bestimmen haben, durch welches die fragliche Klagbarkeit in der Form der legis actio, zwar nicht direct, wie Bethmann-Hollweg annimmt, wohl aber indirect begründet wurde, muss aber hinsichtlich der Zeit dieses Gesetzes schon hier auf die oben dargelegten geschichtlichen Momente verweisen, wornach Rom schon ein Jahrzehnt vor dem Ausbruch des ersten punischen Krieges sich in die Reihe der damaligen Grossstaaten Macedonien und Karthago gestellt hatte, das fragliche Gesetz also nicht „in das 5. oder 6. Jahrhundert“, sondern darum in die Zeit der lex Aebutia zu setzen ist, weil es mit diesem Gesetze in einem inneren Zusammenhange steht.

Die ausschliessliche Geltung der gesetzlich bestimmten Geschäftsformen war aber nicht bloss im Gebiete des Obligationenrechtes,

11) a. a. O. S. 167.

12) a. a. O. S. 236. So auch Sell, De exceptionum usu, qui legis actionum tempore fuerit, commentatio. 1867 p. 18. Not. 4. — 12a) Aktionen I. S. 312.

sondern auch in jenen Richtungen des Sachenrechtes unhaltbar geworden, welche die Bedürfnisse des Handelsverkehrs zu befriedigen hatten. Für die Begründung des Eigenthums galten die gesetzlich bestimmten Formen der in jure cessio und mancipatio. Weil nun die grundgesetzliche Formel der in jure cessio (Gaius II. 24) die individuelle Bestimmtheit, also die Gegenwart des zu cedirenden Eigenthumsobjectes erforderte, bewegliche Objecte also vor den Magistrat zu schaffen waren, zu unbeweglichen der Magistrat sich selbst begeben musste, so war diese Form der Eigenthumsbegründung für den geschäftlichen Verkehr von vornherein wenig praktikabel; sie muss aber für diesen völlig bedeutungslos geworden sein, als die römische Gemeinde an Ausdehnung zugenommen, und der Handelsverkehr sich mehr entwickelt hatte. Minder hemmend für den geschäftlichen Verkehr waren die Formen der Mancipatio; allein da auch ihre grundgesetzliche Formel (Gaius I. 119) die individuelle Bestimmtheit und somit die Gegenwart des Eigenthumsobjectes erforderte, unbewegliche Objecte also nur an Ort und Stelle, wo sie sich befanden, mancipirt werden konnten, zu dem Acte aber mindestens 5 Zeugen und ein Libripens nöthig waren, so war die Mancipatio — von anderen unten zu besprechenden Uebelständen abgesehen, — schon aus diesen Gründen für den gesteigerten Verkehr unbrauchbar geworden. Ausserdem konnten durch die Geschäftsformen des Grundgesetzes Rechte nur persönlich oder nur durch hausunterthänige Personen begründet werden, ein Erforderniss, welches ebenfalls nur so lange nicht drückend war, als der Verkehr sich noch auf Mitglieder der kleinen römischen Gemeinde beschränkte, der persönliche Abschluss der Rechtsgeschäfte also nicht bloss keine Schwierigkeiten bereitete, sondern die begründeten Rechte sogar sicherte. Der Prätor urbanus musste also dem Princip der Formfreiheit unter bestimmter Beschränkung auch für die Begründung des Eigenthums Geltung verschaffen.

Auf das Erbrecht des Grundgesetzes konnte der gesteigerte Verkehr zwar keinen unmittelbaren Einfluss ausüben; allein die grundgesetzlichen Formen für letzwillige Verfügungen hatten wegen ihrer Strenge sehr häufig die Intestaterbfolge veranlasst, diese war aber in dieser Zeit darum bereits in ihren Fundamenten erschüttert, weil auch die alte Familienordnung, auf welcher sie beruhte, in dieser Zeit durch den Umschwung der Verhältnisse sich aufgelöst, für die Plebejer aber überhaupt keine Geltung hatte. Der Prätor urbanus musste also seine potestas juris civilis supplendi und corrigendi auch im Gebiete des Erbrechts zur Anwendung bringen, um den häufigen Erblosigkeitsfällen vorzubeugen und zu verhüten, dass Erb-

schaften oder Erbschaftsobjecte durch Usucapion an ganz fremde Personen gelangten, während Blutsverwandte des Erblassers vorhanden waren.

Es ist klar, dass der Prätor urbanus eine so weitgreifende und schwierige Reform des grundgesetzlichen Civilrechts nicht ohne die fachmännische Mitwirkung der Pontifices durchführen konnte, weil einerseits die Bedürfnisse des Lebens die Befreiung von den beengenden Formen des grundgesetzlichen Civilrechts gebieterisch forderten, andrerseits aber die Grundlagen der nationalen Rechtspflege zu erhalten waren.

Hiermit sind die Richtungen der Reform im Allgemeinen angedeutet, welche ich unten genauer darzulegen haben werde.

VII. Capitel.

Unzulänglichkeit der lex Aebutia zu einer die judicia legitima erhaltenden Reform und Nothwendigkeit eines zweiten Gesetzes zur conservativen Verwerthung der dem Prätor urbanus verliehenen Gewalten.

§. 34. Ich habe schon oben dargelegt, dass die forma legitima agendi das Fundament des judicium legitimum bildete, und dass alle Requisiten des letzteren sich darum nur als nothwendige Folgen der Natur dieses Fundamentes darstellen, weil die forma legitima agendi als ein Bestandtheil des grundgesetzlichen Civilrechts nur für die römischen Bürger und nur für Rom und seine Bannmeile galt, wobei es selbstverständlich ist, dass über römische Bürger in Rom nur ein römischer Magistrat die Gerichtsbarkeit ausüben, und nur römische Bürger als Geschworne zu Gericht sitzen konnten. Das Ladungs- und Executionsverfahren, also auch das Vadimonienrecht, gehörten also nicht zur Wesenheit des judicium legitimum. Wenn also der Prätor urbanus die potestas juris civilis corrigendi und supplendi zur Reform des Ladungs- und Executionsverfahrens, sowie des Vadimonienrechtes verwerthete, so wurden durch diese Reformen die judicia legitima nicht alterirt. Für diese Gebiete konnte also der Prätor urbanus durch seine potestas juris civilis supplendi neue actiones in factum als processualische Delictsklagen schaffen, wofür uns Gaius in IV. 46 Beispiele anführt[1]). Allein weil diese

---

1) Gaius IV. 46: ceterae quoque formulae, quae sub titulo „de in jus vocando“ propositae sunt, in factum conceptae sunt, veluti adversus eum, qui in jus vocatus neque venerit, neque vindicem dederit; item contra eum, qui vi exemerit eum, qui in jus vocatur, et denique innumerabiles ejusmodi aliae formulae in albo proponuntur.

neuen judicia des Edictes nur auf dem Imperium des richterlichen Magistrats beruhten, so konnten auf Grund derselben wohl die vom richterlichen Magistrat zum Geschwornenamte berufenen Recuperatoren, nicht aber die von der Verfassung berufenen Geschwornen (judices) die Sache untersuchen und durch Urtheil entscheiden[2]). Ebenso könnte der Prätor urbanus seine potestas juris civilis corrigendi im Gebiete der Privatdelicte zur Anwendung bringen, einerseits, weil das Strafrecht, gleich dem Executionsverfahren vom Imperium des Magistrats untrennbar war, andrerseits, weil er nur im Interesse der Humanität handelte, wenn er in diesem Gebiete reformirte und neue judicia imperio continentia schuf. Ich betrachte es aber als einen folgenschweren Irrthum, dass Gaius IV. 30 bisher so interpretirt wurde, als habe der Prätor urbanus in Folge der lex Aebutia überhaupt die Actionen des Grundgesetzes durch Actionen des Edictes zu ersetzen angefangen. Gerade durch diesen Irrthum war die Thatsache unerklärlich geworden, dass ungeachtet zahlreicher Spuren des prätorischen Rechtes in den Komödien des Plautus und Terentius — von Delictsklagen abgesehen — doch nirgends eine formula des Edictes erkennbar hervortritt, und dass das um das Jahr 550 publicirte jus Aelianum sogar noch neue Legis actiones enthielt[3]).

---

2) Gaius IV 185: Fiunt autem vadimonia quibus dam ex causis pura — quibusdam recuperatoribus suppositis. Gellius XX 1, §. 14: praetores — injuriis aestimandis recuperatores se daturos esse edixerunt.

3) Pomponius L. 2 §. 7 D. de orig. jur.: Augescente civitate quia deerant quaedam genera agendi, non multum post temporis (etwa 100 Jahre) Sextus Aelius alias actiones composuit, et librum populo dedit, qui appellatur jus Aelianum. Weil Pomponius unmittelbar vorher von Legis actiones überhaupt und vom jus Flavianum insbesondere spricht, so wurden unter diesen „aliae actiones" auch bisher mit Recht nur neue Legis actiones verstanden. Darum erwähnt Plautus, welcher unter der Herrschaft des jus Aelianum schrieb, achtmal das lege agere, die manus injectio und addictio zehnmal, die pignoris capio zweimal, während „formula" nur einmal (Persa II, 47) und „verba concepta" nur zweimal (Mercator IV, 4, 50, Truc. IV 2, 54) berührt werden. Die Stellen jetzt z. s. bei Bekker, Actionen, I. S. 90, Note 25. Dabei ist aber noch der wichtige Umstand hervorzuheben, dass das lege agere bei Plautus noch als der eigentliche Ausdruck überhaupt für „klagen, den Rechtsweg betreten", erscheint: Miles II. 5, V. 43:

Scel. Lege ag-ito: te nusquam mittam, nisi das firmatam fidem,
Te huc, si omisero, intro ituram.

Dass dieser Ausdruck in den Komödien sogar gewöhnlich mit scherzhafter Ironie gebraucht wird, hat schon Donatus zu Terent. Phorm. V. 7, V. 91 hervorgehoben, Z. vgl. auch Lorenz, ausgewählte Komödien des Plautus 1869,

Es liegt im Wesen eines formellen Rechtes, dass mit seiner Form auch seine Existenz vernichtet wird. Als solche formelle Rechte müssen aber auch die Klagrechte des grundgesetzlichen Civilrechts betrachtet werden, weil sie nur in der Form der legis actio geltend gemacht werden konnten. Die Aenderung der legis actio hätte also die Vernichtung der forma legitima agendi und die Unwirksamkeit aller civilen Klagrechte zur Folge gehabt. Durch die Einkleidung in die Actionen des Edictes hätten diese civilen Klagrechte ihre bisherige gesetzliche Natur eingebüsst, alle so gewonnenen neuen judicia wären judicia imperio continentia gewesen, wodurch natürlich alle judicia legitima vernichtet und die römischen Bürger in die Lage der Peregrinen und Provinzialen gebracht worden wären. Einer solchen Reform, welche die Vernichtung des ganzen grundgesetzlichen Civilrechts und aller verfassungsmässigen Civil-Gerichte zur schliesslichen Folge gehabt hätte, hätte jede zum Schutze der Verfassung berufene par majorve potestas entgegentreten müssen. Solange also die formula des Prätor urbanus nur die Natur des Edictes hatte, — was nach einer oben bewiesenen Auslegung des Gaius IV. 30 bis zu den leges Juliae der Fall war — so lange konnte der Prätor urbanus einen civilen oder gesetzlichen Anspruch nicht ohne Weiteres in eine formula des Edictes einkleiden lassen, ohne das judicium legitimum und seine grossen Vortheile zu vernichten. Im Gebiete der judicia legitima konnte also der Prätor urbanus seine potestates juris civilis corrigendi et supplendi nicht ohne Weiteres in Anwendung bringen, einerseits, weil er die forma legitima agendi nicht ändern konnte, ohne zugleich das judicium legitimum zu zerstören, andererseits, weil die von ihm gegebenen Klagrechte nicht ohne Weiteres in der Form der legis actio geltend gemacht werden konnten. Mit der potestas juris civilis interpretandi konnte er nun, gestützt auf die Machtfülle, welche ihm die lex Aebutia verliehen hatte, zwar die grundgesetzliche Vindicationsformel wieder brauchbar machen, allein zur Gewinnung solcher judicia legitima, welche zur Verfolgung und Vertheidigung auch des prätorischen Rechtes hätten dienen können, war auch diese

---

S. 135, zu Mil. V. 451. Ebenso spricht der von Varro L. L. IV, 1, 10 erwähnte Aelius Gallus bei Festus s. v. religiosus p. 278 nur von lege agere: (Religiosum ait) esse Gallus Aelius — — die nefasto apud praetorem lege agere, und die gleiche Identificirung von agere und lege agere findet sich sogar auch bei Varro L. L. VI. 30: Nefas fari praetorem: Do, Dico, Addico, itaque non potest agi; necesse enim aliquo eorum uti verborum, cum lege quid (per)agitur.

seine potestas völlig unfruchtbar. Sollte also der Prätor urbanus die ihm durch die lex Aebutia verliehenen potestates conservativ verwerthen können, so war noch ein zweites Gesetz nothwendig, welches seine potestas juris civilis interpretandi zur Gewinnung neuer auch für die Verfolgung und Vertheidigung des prätorischen Rechtes brauchbarer judicia legitima fruchtbar, dadurch aber auch seine potestates juris civilis supplendi und corrigendi für die judicia legitima verwendbar machte. Das Mittel, welches dieses Gesetz dem Prätor urbanus an die Hand gab, muss also vorerst geeignet gewesen sein, die Verfolgung und Vertheidigung des prätorichen Rechtes in der Form der legis actio zu ermöglichen; weil aber das römische Recht dieser Zeit noch ein wirkliches Volksrecht war, so muss dieses Mittel auch aus dem Leben des Volkes, als der rechtbildenden Macht, herausgegriffen und zum Processorgan erhoben worden sein. Es ist nicht schwer, in diesem Mittel die Sponsio zu erkennen, in welche auch bisher „alle Verträge, insofern sie nur nichts Unerlaubtes enthielten, und auf eine erzwingbare Leistung gerichtet waren, mochten sie an sich klagbar gewesen sein oder nicht, eingekleidet werden konnten, und welche auch die Hinzufügung einer conditio gestattete, dadurch aber es möglich machte, indirect alle gedenkbaren Gegenstände, Leistungen u. s. w. in den Bereich der Obligation zu ziehen, so dass unter der weiten Kategorie des in conditione positum alle und jede Handlungen und Unterlassungen Platz fanden, mochten sie direct klagbar sein oder nicht[4]). „Ehe ich nun zum Nachweis schreite, dass die Sponsio ein processualisches Organ war, welche Functionen sie als solches hatte und durch welches Gesetz sie dazu erhoben wurde, habe ich vorher dieselbe auch als bisheriges Organ des geschäftlichen Verkehrs und als Element der Volkssitte zu betrachten, in letzterer Beziehung aber das provocare sponsione darum mit dem provocare sacramento zu verbinden, weil diese für den Process so wichtigen Ausdrücke sich gegenseitig erklären, und ihre Erklärung nur an dieser Stelle finden können.

Die Sponsio als bisheriges Organ des geschäftlichen Verkehrs und Element der Volkssitte. Das provocare sacramento und sponsione. Diese Provocationen waren keine Wetten.

§. 35. Ehe die Sponsio in ihrer Verbindung mit der Provocatio erörtert werden kann, muss sie zuvor an sich als Organ des geschäftlichen Verkehrs betrachtet werden.

4) Ihering, Geist II. 2. S. 541, 542.

In der ersten Auflage seines hier oft genannten Werkes hatte Ihering die Sponsio mit dem Eide in Verbindung gebracht[1]). Diese Ansicht wurde später von Danz[2]) dahin entwickelt, dass die Sponsio „das älteste, eidliche, in verba concipirte Versprechen" bezeichnete, während Girtaner[3]) unter Prüfung der von Danz benutzten Stellen[4]) zu dem Ergebniss gelangt, dass der Sponsio und Stipulatio auch ursprünglich jede religiöse Beziehung fremd war, und dass sie nur als eine bestimmte Form für die Erklärung eines bestimmten juristischen Willens aufzufassen ist, der jede andere Beziehung ausschliesst.

Es ist oben nachgewiesen, dass das jus proprium civium Romanorum ganz und gar eine Schöpfung der Pontifices war, und dass das jus civile vom jus sacrum ursprünglich ganz beherrscht wurde. Nun aber bezeichnet Gaius die Sponsio ausdrücklich als jus proprium civium Romanorum[5]), wesshalb wir nach Girtaner ohne jegliche Erklärung vor der Thatsache ständen, dass die Sponsio allein, und nicht auch die fidepromissio und fidejussio, eine propria civium Romanorum obligatio war, weil die Momente, welche Girtaner hervorhebt, auch bei der fidepromissio und fidejussio, ja bezüglich der Erklärung des juristischen Willens sogar auch bei der mancipatio und in jure cessio zutreffen. Es muss also für die Sponsio ein Element gesucht werden, welches ihr eigenthümlich und so beschaffen war, dass die Peregrinen von ihr folgerichtig ausgeschlossen bleiben mussten, was uns aber von vornherein auf eine religiöse Beziehung eine nicht zu verkennende Hindeutung gibt.

Es ist nun bekannt, dass die Cultur-Völker des Alterthums das Princip der Staatsreligion so ernst, und ich füge hinzu, so folgerichtig nahmen, dass die Götter des einen Volkes dem anderen als gar keine Götter galten, und dass somit die Götter der Römer nur mit den Römern in Beziehungen stehend gedacht wurden. Wer kein Römer war, konnte einem römischen Gott nichts geloben, von ihm nichts verlangen, und bei ihm nicht schwören. Die Reception frem-

1) In Folge der Ausführungen Girtaners, die Stipulatio, 1859 S. 14—94, erklärt Ihering in der zweiten Auflage seines Werkes, II. Theil, 2. Abth. S. 537 Note 739 diese Verbindung für problematisch.

2) Sacraler Schutz, S. 105 fg.

3) Stipulatio, S. 93, 94.

4) Dionysius I. 40, Livius 9, 5, Festus v. spondere p. 137 M., Paulus Diaconus p. 59 M. Varro L. L. VI. 69—73, pag. 99—101 M.

5) Gaius III 93: Sed haec quidem verborum obligatio „dare, spondes? spondeo" propria civium Romanorum est, ceterae vero juris gentium sunt, itaque inter omnes, sive cives Romanos sive peregrinos valent.

der Gottheiten in Rom erfolgte bekanntlich erst dann, als bei dem sichtlich hervortretenden Verfall des römischen Reiches die eigenen Götter nicht mehr helfen zu können schienen. Wenn also die Sponsio, und nicht auch die Fidepromissio und Fidejussio eine propria civium Romanorum obligatio war, so liegt es von vornherein nahe, den Grund dieser Thatsache in einer religiösen Beziehung zu suchen.

Dass nun der Gegenstand dieser Beziehung in der Regel nicht der Eid war, das glaube ich Girtaner einräumen zu müssen; allein in den Stellen, welche er bespricht, ist von ihm eine andere religiöse Beziehung unbeachtet geblieben, für welche auch in den von Ihering angeführten Stellen Belege enthalten sind, ich meine die Beziehung auf das Gewissen des Gelobenden, welches mit der religiösen Anschauung einer bestimmten Person in einem untrennbaren Zusammenhange steht. Wenn der Feldherr, der eine vom Volke nicht genehmigte Sponsio eingegangen hatte, dem Feinde auszuliefern war," ut populus religione solvatur"[6]), so muss die religio ein Element der Sponsio gewesen sein. Nun aber steht es fest, dass der Lateiner unter religio nicht immer die Religion, sondern in der Regel nur das Gewissen und eine Gewissenspflicht versteht. Die Bezugnahme auf das Gewissen muss also ein Element der Sponsio gewesen sein. Dasselbe folgt aber auch aus der auch schon von Ihering geltend gemachten Stelle des Cicero (de legib. II, 16): Voti sponsio, qua obligamur deo. Es ist nicht zweifelhaft, dass das Votum eine (religiöse) Gewissenpflicht begründete, und ebenso sicher ist es, dass die Formen der römischen Rechtsgeschäfte genau ihrer Wesenheit entsprachen und nur die Verkörperung der letzteren enthielten. War nun die Sponsio auch die Form, in welcher auch Vota eingegangen wurden (vgl. Livius V, 25), so muss sie selbst eine bestimmte Beziehung auf das Gewissen enthalten haben, und somit selbst die Form gewesen sein, in welcher Gewissenspflichten übernommen wurden. Dieselbe Beziehung auf das Gewissen des Gelobenden enthalten meines Erachtens aber sogar die Stellen, welche Girtaner gegen Danz interpretirt hat.

Dass die Römer in der Ehe ein sittliches Element erkannten, braucht nicht weiter ausgeführt zu werden. Waren aber gleichwohl ursprünglich die Sponsalien klagbar, dann dürften wohl auch der sponsus und die sponsa (Festus p. 137 M.) als solche Personen aufzufassen sein, welche von ihren Gewalthabern bei deren Ge-

---

6) Livius IX, 10, 9. Ihering, Geist II, 2. S. 109, Note 211 c.

wissen versprochen wurden [6a]). Sprechen doch noch wir von „Verlobten". Wenn also Livius in IX, 5 die Sponsio der Precatio gegenüberstellt, so schliesst diese Gegenüberstellung noch nicht jede religiöse Beziehung bei der Sponsio aus. Das Argument, welches Girtaner gegen Iherings Gleichstellung des consponsor und conjurator (Paulus Diaconus p. 59 M.) geltend macht, hat vorerst die gleiche Beschaffenheit, weil, wenn der sponsor kein jurator war, daraus nicht folgt, dass der Sponsor sich durch die Sponsio nicht ausdrücklich bei seinem Gewissen verpflichtet hatte, dann aber wäre erst der Beweis zu erbringen, dass es gar nie Fälle gab, in welchen zu der Beziehung auf das Gewissen als eine noch wirksamere Verstärkung der Gewissensverpflichtung noch der ausdrückliche promissorische Eid hinzutrat. Einen solchen Fall werde ich unten näher zu besprechen haben und zeigen, dass für verrufene Personen, z. B. Kuppler, die Stipulatio allein nicht genügte, sondern mit ihr noch der promissorische Eid verbunden wurde, um durch die Strafen des Meineids die Gewissensverpflichtung sicher zu stellen. In dem Falle bei Livius IX. 10 war aber auch die Strafe des Meineids unanwendbar, wesshalb in diesem Falle die Gewissensverpflichtung der Sponsio durch Stellung von Geiseln sichergestellt wurde. Eidliche Verstärkungen der Repromissionen (cautiones juratoriae) kennt endlich sogar noch Iustinian [7]). Die L. 24. D. de statu lib. (40, 7) enthält allerdings einen Gegensatz von spondere und jurare, allein dies erklärt sich daraus, dass die Sponsio schon in der Zeit der Republik ihren ursprünglichen sacralen Charakter verloren hatte [8]). Was endlich das spondere in der von Festus p. 351 M angeführten Precationsformel der Auguren betrifft, welches dem Jupiter zugeschrieben wird, so hängt dies mit den bekannten Anschauungen der Alten über ihren obersten Gott zusammen, welche einen Appell auch an sein Gewissen nicht ausschlossen. Man denke beispielsweise an den Traum, welchen Zeus in der Ilias dem Agamemnon schickt, um ihn zum Kampfe gegen die Trojer aufzufordern (Ilias, II. 1—40) und welche Schläge sich Agamemnon in Folge dieser

---

6a) z. vgl. Bekker, Aktionen I. S. 85, Note 17 und Dirksen's hinterlassene Schriften I, S. 326.

7) §. 2. Jnst. de satisdando IV, 11 z. vgl. der Nachweis Dirksen's in den Abhandlungen der Berliner Academie 1852 S. 133 fg, dass des Paulus Diaconus Excerpte aus Festus nicht immer genau sind, und den Sinn der Angaben des Festus nicht immer deutlich wiedergeben.

8) Paul. lib. II. ad edict. L. 7. D. de signif. verb. 50, 16: Sponsio appellatur non solum, quae per sponsus interrogationem fit, sed omnis stipulatio promissioque.

Aufforderung holt[9]). Ich glaube also folgern zu müssen, dass dem Worte „Sponsio“ ursprünglich der Begriff einer Gewissensverpflichtung, also auch einer religiösen Beziehung inhärent war. Aus dieser ihrer Grundbedeutung erklärt sich nun zunächst auch ihr Verhältniss zur fidepromissio und fidejussio. Fides heisst ursprünglich auch die Verlässlichkeit, Ehrenhaftigkeit, Ehre[10]), und bona fides ist die Ehrenhaftigkeit eines rechtschaffenen Mannes (fides boni viri). Der Ablativ fide ist aber ein Ablativus Modi, wesshalb fidepromissio, fidejussio soviel bedeuten als promissio, jussio per fidem suam, oder cum fide sua, oder fide sua interposita. Die fidepromissio und fidejussio enthielten also eine Ehrenverpflichtung, doch gehörte die fidejussio nicht mehr dem System des Formalismus an[11]).

Das Gewissen wurzelt in der religiösen Ueberzeugung eines Menschen und seiner Nation, die Ehre hingegen, von der Religion unabhängig in der menschlichen Natur überhaupt, wesshalb die Sponsio eine propria civium Romanorum obligatio, die fidepromissio und fidejussio aber obligationes juris gentium waren. Weil nun alle diese Formen der Verpflichtung eine „Verstärkung“, „Befestigung“ des einfachen Versprechens (promissio) enthielten, so fielen sie unter den gemeinsamen Begriff der Stipulatio, welche schon die Römer als „Verstärkung“, „Befestigung“ eine Versprechens erklärt hatten[12]). Es ist nicht schwer in der Sponsio das sacrale Element und die älteste Form der Stipulatio zu erkennen.

Wenn es nun eine voti, sponsionis, jurisjurandi religio[13]) gab, diese Willenserklärungen also alle eine Gewissensverpflichtung begründeten, so erklärt es sich auch, einerseits, worin die

---

9) Auf Varro's Ableitung der Sponsio von „sua sponte“ und seine Vergleichung dieses Wortes mit respondere, sponsa, sponsus, consponsus, sponsalis (L. L. VI. 69—72) ist wohl kein grösseres Gewicht zu legen, als auf alle etymologischen Versuche der Alten. Dass das spondere ein Act des Willens ist, ist freilich nicht zu bestreiten, allein damit ist für die Erklärung des Wortes nichts gewonnen.

10) Nägelsbach, Lateinische Stilistik §. 62. In §. 1 Instit. de fideicommiss. hered. II, 25 wird die fides als pudor, Ehrgefühl, bezeichnet.

11) z. vgl. Franke, Commentar zum Pandekten-Titel de heredit. petitione, 1864 S. 294, Note.

12) Paulus sent. V. 7,1: Obligationum firmandarum gratia stipulationes inductae sunt, quae quadam verborum solennitate concipiuntur, et appellatae, quod per eas firmitas obligationum constringitur; stipulum enim veteres firmum appellarunt, vgl. Ihering, Geist II. 2. S. 510 Note 747.

13) L. 2. C. de reb. cred. 4, 1.

Sponsio mit dem promissorischen Eide zusammenfiel, andererseits worin sie sich von diesem unterschied. Die Gewissensverpflichtung ist beiden gemein, nur die Folgen ihrer Nichterfüllung waren verschieden, weil der Meineid besondere Strafen zur Folge hatte, (Livius I, 21 vgl. Plaut. Rud. V. 3. v. 22) und der Eid wohl nur darum nach den Bestimmungen des Grundgesetzes und der leges sacratae das „arctissimum ad adstringendam fidem vinculum“ war (Cicero de off. III, 31 §. 111).

Aus der ursprünglichen Natur der Sponsio als einer Gewissensverpflichtung ergeben sich aber auch die Haupteigenthümlichkeiten und die Requisiten der Sponsio als nothwendige Folgen. Weil nämlich diese Gewissensverpflichtung, geradeso wie der promissorische Eid, den Grund der Verpflichtung in sich selbst trägt, und keines ausserhalb derselben gelegenen Obligationsgrundes, also keiner s. g. materiellen causa bedarf, so konnte auch die Sponsio keinen weiteren ausser ihr gelegenen Verpflichtungsgrund erfordern. Aus dieser Gewissensverpflichtung erklärt sich aber auch der strenge Formalismus der Sponsio. Die Requisiten der Sponsio waren: 1) die persönliche Gegenwart der Parteien, 2) die vorausgehende mündliche Frage des Gläubigers, 3) die sofortige mündliche Antwort des sich Verpflichtenden, 4) die entsprechende Antwort desselben[14]). Weil nun die Gewissensverpflichtung der Sponsio und dem promissorischen Eide gemein war, so waren die Schriftlichkeit und die Stellvertretung bei der Sponsio ebenso naturgemäss ausgeschlossen, als bei dem promissorischen Eide. Aus dem gleichen Grunde war auch die sofortige und genau entsprechende mündliche Antwort des sich Verpflichtenden bei der Sponsio ebenso nothwendig wie bei dem promissorischen Eide. Die Sponsio in ihrer ursprünglichen Bedeutung stand also zwischen der einfachen Promissio und dem promissorischen Eide, und war somit eine Form der Verpflichtung, zu welcher unser „Gelöbniss an Eides statt“ ein noch jetzt praktisches Analogon bildet.

Als Organ des geschäftlichen Verkehrs war also die Sponsio ursprünglich ein auf Begründung einer Obligation gerichteter, unter dem Appell an das Gewissen des sich Verpflichtenden abgeschlossener, einseitiger Vertrag in der Form mündlicher Frage und sofortiger und entsprechender Antwort.

Es ist einleuchtend, dass diese ernste Natur der Sponsio auch dem provocare sponsione eine andere Bedeutung geben muss, als

14) Ihering, Geist II, 2, S. 437.

bisher angenommen wurde, und dass die Erörterung der ursprünglichen Bedeutung der Sponsio gerade aus diesem Grunde nothwendig war.

Ich habe nun die Sponsio in ihrer Verbindung mit der Provocatio und dabei zuerst den viel besprochenen Ausdruck sacramento provocare zu erklären.

Der Ausdruck provocare bedeutet im feindlichen Sinne eine Herausforderung zu einem Streite, mag dieser eine pugna oder ein judicium sein, mag diese nähere Bestimmung beigefügt sein oder nicht[15]). Weil aber im Processe des Grundgesetzes der gerichtliche Streit (lis) von einer friedlichen Auseinandersetzung (jurgium) streng unterschieden wurde, so wurde die Aufforderung zu einer solchen Auseinandersetzung nicht mit provocare, sondern mit ciere bezeichnet, und die Thätigkeit, zu welcher aufgefordert wurde, durch das Supinum des entsprechenden Verbs ausgedrückt: familiam erctum, fines rectum, geradeso wie Terentius von cantatum provocare spricht[16]).

---

15) Provocare wird sowohl im freundlichen Sinne einer Aufforderung, z. B. zum Spiel, Gesang, Trinken; als im feindlichen Sinne einer Herausforderung zum Streite gebraucht, um eine Frage durch Waffen oder richterlichen Spruch zu entscheiden. Plautus, Curcul. I. 3, 75: provocat me in aleam; Terentius Eun. III 3, 52: Pamphilam cantatum provocemus. Cicero Tusc. IV. 22, 49: ut ipsum Hectorem — provocasse ad pugnam paeniteret. Livius VIII, 7: Provocatus equestria haec spolia capta ex hoste caeso 'porto. Wie nun in der letzten Stelle das provocare schon für sich eine Herausforderung zum Streite oder Kampfe bedeutet, so wird auch im Griechischen das entsprechende προκαλεῖσθαι, προκαλίζεσθαι, ἐκκαλεῖσθαι ohne einen weiteren Zusatz im gleichen Sinne gebraucht, z. s. Odyss. VIII, 142, Ilias V, 807, Demosth. Philipp. I. §. 42. Was hier von der Herausforderung zum Streite mit Waffen gesagt ist, gilt auch von der Herausforderung zum gerichtlichen Streite; L. 63 D. de R. J. (50, 17): Qui sine dolo malo ad judicium provocavit; L. 24. pr. D. de usuris (22, 1): si juste ad judicium provocavit. In L. 2. §. 1. D. commun. div. 10. 3, L. 13, 14. D. de jud. 5. 1. wird der Ausdruck ad judicium provocare auch für actio familiae erciscundae, communi dividundo, und finium regundorum gebraucht. Statt dieses Accusativs des Zweckes findet sich sowohl im Lateinischen als im Griechischen auch der Dativ des Zweckes: χάρμῃ προκαλεῖσθαι, zum Kampfe herausfordern (Ilias, VII, 218), judicio provocare (Brissonius). Wie aber im Lateinischen das provocare auch für sich allein eine Herausforderung zum gerichtlichen Streite bezeichnet, (L. 1, D. quis a quo appell. 49, 3: ipse erit provocandus) so ist dies auch im Griechischen der Fall: προκαλοῦμαί σε τραύματος εἰς Ἄρειον πάγον (Demosth. 55, 27).

16) Cicero de orat. I, 56, 237: idcirco qui, quibus verbis erctum cieri oporteat, nesciat, idem erciscundae familiae causam agere non possit. Hieher ge-

Das provocare ad judicium war entweder ein gerichtliches oder aussergerichtliches, das gerichtliche aber wieder entweder ein provocare cum sacramento, oder ein provocare, beziehungsweise ciere, sine sacramento.

Ich kenne keinen prozessualischen Ausdruck, der eine so reiche Literatur und zugleich so folgenschwere Missverständnisse hervorgerufen hätte, als der Ausdruck sacramento provocare, in welchem bisher „sacramento" entweder als ein Dativ des Zweckes oder als ein Ablativ des Mittels aufgefasst, nebstbei aber auch die Bedeutung des Wortes „sacramentum" sehr verschieden bestimmt wurde [17]). Dass nun die

---

hören noch zwei andere Stellen, die aber wegen der Dunkelheit der Sache, welche sie bezeichnen, jetzt nur in verderbten Lesearten geboten werden. Paulus Diaconus pag. 82 M: Erctum citumque fit inter consortes, ut in libris legum Romanorum legitur. Erctum a coercendo dictum. Unde et erciscundae et ercisci. Citum autem est vocatum a ciendo. Es ist kein Zweifel, dass hier Festus nur den Satz: „erctum citum est" erklärt hatte, und dass somit auch bei Paulus nur die Erklärung dieses Satzes zu suchen, die Lücke also so zu ergänzen ist: „Erctum citum est" id fit inter consortes, u. s. w. Das que hat wohl schon Müller nicht gebilligt; wenn er aber auch das „erctum citum fit" nicht als unlateinisch und sinnwidrig bezeichnet hat, so erklärt sich dies daraus, dass dem Philologen der processualische Act unbekannt sein musste. Das noch deutlich lesbare „fit" und die vorausgehende Lücke machen es nämlich zweifellos, dass dieses „fit" sich nur auf eine in einem Satze zusammengefasste Thätigkeit bezog, und diese in dem unmittelbar vorausgehenden Satze ausgedrückt war. Die Verbindung des erklärenden Satzes mit dem erklärten kann aber nur durch das gewöhnliche „id" oder durch „hoc" hergestellt werden. Hierauf erklärt Paulus die Ausdrücke erctum und citum. Erciscere (vom St. ἐργ, ἐργειν=εἴργειν) bedeutet ursprünglich „einschliessen", dann abgränzen, absondern, also auch theilen; ciere „auffordern". Hiermit aber wird auch Donatus bei Servius zur Aen. lib. VIII. 642 verständlich: ercto non cito. (vgl. Gellius I. 9. 12 und Nonius 181). Diese Leseart ercto beruht auf einem Missverständniss des Grammatikers; oder was wahrscheinlicher ist, diese Worte wurden schon lange vor ihm nicht mehr verstanden. Es ist hier erctum non cito zu lesen, wobei cito als ein selbständiger Ablativus absolutus mit den bekannten Ablativen: audito, cognito, comperto, edicto, nuntiato, jurato zu vergleichen, und das „erctum non cito" zu übersetzen ist: „ohne dass zur Erbschaftstheilung aufgefordert wurde", was dann freilich auch den Sinn gibt: „ohne dass die Erbschaft getheilt wurde." Nur darum konnte der Grammatiker diese Worte mit der Bemerkung erläutern: id est, patrimonio vel hereditate non divisa. In L. 2 §. 1. D. commun. div. 10, 3; L. 13, 14. D. de jud. 5. 1 ist für erctum, fines rectum ciere bereits ad judicium provocare gesetzt.

17) Die Literatur ist angegeben und besprochen zuletzt von Danz in der Ztschr. f. R.G. VI Bnd. 3. Hft. 1867.

bisherige Ansicht, der Ausdruck „sacramento“ sei entweder ein Dativ des Zweckes oder ein Ablativ des Mittels, ganz unhaltbar ist, das folgt aus der bisher allgemein missverstandenen Stelle bei Festus pag. 344, wo dieser Grammatiker nicht den noch den späteren Römern[18]) wohl bekannten Ausdruck sacramentum in seiner ursprünglichen Bedeutung, sondern gerade den alten, wegen des später in der Bedeutung dieses Wortes eingetretenen Wechsels unklar gewordenen Ablativ erklärt. Wenn nämlich Festus da sagt: Sacramento (scil. actum) dicitur, quod jurisjurandi sacratione interposita actum est. Unde quis sacramento dicitur interrogari, quia jusjurandum interponitur, so will er nicht die Bedeutung des Wortes sacramentum, welches er umschreibend nur kurzals eine eidliche Sacration (vgl. Livius X. 38) oder als eine eidliche Widmung zu Cultuszwecken bezeichnet, erklären, sondern den alten Ablativ, wie dieser in den Redensarten sacramento provocare, interrogare, contendere, agere gebraucht wurde. Diesen Ablativ erklärt er nun dadurch, dass er sagt, „sacramento“ werde in diesen Ausdrücken für interposito sacramento gebraucht, ein Ablativ, welcher sich bei ihm s. v. sacrosanctum wieder findet: sacrosanctum dicitur, quod jurejurando interposito est institutum, si quis id violasset, ut morte poenas lueret. Sacrosanctum ist also das, quod jurejurando sacrationis interposito sanctum est. Ist aber „sacramento“ als ein Ablativ für interposito sacramento zu nehmen, dann ist dieser Ausdruck weder ein Dativ des Zweckes noch ein Ablativ des Mittels, sondern ein Ablativus Modi für cum sacramento[19]). Es ist dies also derselbe Ablativ, welcher den Juristen aus den Redensarten dolo, fraude agere, fide promittere, injuria vindicare, damnum injuria dare sehr geläufig ist, wofür auch per dolum, fraudem agere, per injuriam vindicare, per fidem promittere, damnum per injuriam dare, oder cum dolo, fraude agere, cum injuria vindicare, cum fide promittere, damnum cum injuria dare, oder dolo, fraude interposita agere, interposita injuria vindicare, interposita fide promittere gesagt werden kann[20]). Sacramento provocare heisst also ebenso eidlich provociren, als das injuria vindicare, damnum injuria dare widerrechtlich vindiciren und widerrechtlich beschädigen. Wenn es nun zweifellos ein

---

18) Vgl. z. B. Livius X, 38, Plin. Epist. X, 96.

19) Z. s. z. B. Lateinische Grammatik von C. W. Zumpt 10. Aufl. §. 472, von Ferd. Schultz §. 287.

20) Cicer ode orat. I, 69, 280: Actum fide Publii Rutilii. — Marcellus in der L. 24, D. de fidejuss. (46,1): peto des nummos fide et periculo meo. Boethius pag. 340 Or.: Mancipatio fiduciaria nominatur idcirco, quod fides restituendi interponitur.

"ide non interposita, ein damnum dare injuria
sita u. s. w., also ein promittere sine fide, ein dare
juria u. s. w. gab, so muss es auch ein provocare
terposito oder sine sacramento gegeben haben.
deutung des Ablativus Modi „sacramento" mit
das bestätigen die oben angeführten Stellen,
.ere vel vocare sine sacramento bezeugt
r bei der legis actio per judicis arbitrive postu-
jurgia oder arbitria ein ciere sine sacramento ge-
ıss es auch für die lites oder judicia dieser legis actio
care sine sacramento gegeben haben.

ıe bisherigen Ausleger des Ausdrucks „sacramento provocare" at Paulus Diaconus irregeführt, weil er in seinem Excerpte pag. 345 nicht den Ablativ „sacramento", sondern die Bedeutung dieses Wortes erklärt, dadurch aber den Sinn der Stelle des Festus verwirrt: Sacramentum dicitur, quod jurisjurandi sacratione interposita geritur. Weil die jurisjurandi sacratio eine eidliche Sacration ist, so sagt Paulus, sacramentum heisse soviel als sacramento interposito, ein Widersinn, welchen die noch erhaltene Stelle des Festus nicht enthält, weil dieser das sacramentum ganz richtig als eine sacratio jurisjurandi, oder als eine sacratio bezeichnet, welche das jusjurandum begründet (Genitivus subjectivus). Als eidliche Sacration im subjectiven Sinne ist also das sacramentum der promissorische Eid, irgend einen Gegenstand, also im Processe des Grundgesetzes, die gesetzliche poena temere litigantium zu sacriren, d. h. den Göttern zu widmen; im objectiven Sinne ist die eidliche Sacration oder das sacramentum der eidlich sacrirte Gegenstand, also im Processe des Grundgesetzes die eidlich sacrirte Geldsumme. Die Leistung auch dieses promissorischen Eides von Seite beider Parteien meint Gaius, wenn er in IV. 16 unmittelbar nach der Erwähnung des Provocations-Actes sagt: deinde eadem sequebantur, quae cum in personam ageretur. Dass an die Stelle dieses Eides später der Prätor die Sponsio gesetzt hatte, werde ich unten zu zeigen haben. Ich brauche wohl kaum zu sagen, dass das sacramentum im Sinne des promissorischen Eides in andrer Weise für den ältesten Civilprocess schon Ihering geltend gemacht hat.

Wie nun die Ausdrücke: per aes et libram gerere, obligare[21]), testamentum per aes et libram, per mancipationem[22]) so viel bedeuten als aere et libra interposita gerere, obligare, testamentum

21) Varro L. L. VII, 5, §. 105; Festus s. v. Nexum.

interposita mancipatione, so heisst auch die legis actio per sacramentum so viel als legis actio interposito sacramento oder cum sacramento. Wenn nun die legis actio per sacramentum sich nur als eine legis actio cum sacramento darstellt, und die Ablegung des Sacrationseides unter ihren Acten nur jener war, welcher ihr allein angehörte, und somit sie characterisirte, so folgt daraus, dass auch die legis actiones per judicis arbitrive postulationem, per condictionem, per manus injectionem, per pignoris capionem nur legis actiones cum judicis arbitrive postulatione, cum condictione, cum manus injectione, cum pignoris capione waren, und dass somit auch die Acte der judicis arbitrive postulatio, der condictio, der manus injectio und der pignoris capio nur als jene Acte aufzufassen sind, welche sich zu den übrigen Acten dieser legis actiones als characterisirende, ihnen allein angehörende Acte gesellten. Was nun die legis actio per judicis arbitrive postulationem betrifft, so wird diese Auffassung durch das ausdrückliche Zeugniss des Valerius Probus bestätigt, welcher im §. 4 unter der Aufschrift: „In legis actionibus haec": nur einzelne Acte der legis actiones, unter diesen aber auch den Act der judicis arbitrive postulatio angibt und dadurch bezeugt, dass diese legis actio ausser diesem ihr allein zukommenden Acte auch noch andere, z. B. die provocatio ad judicium, enthielt, welche ihr, wenn auch modificirt, mit den übrigen Legis actiones gemein waren. Das Gleiche gilt von dem Acte der condictio diei, quo litigatores ad judicem capiendum adessent, weil Gaius IV, 18 auch diesen Act nur als einen einzelnen Act der bezüglichen legis actio darstellt, welche als actio in ihren übrigen Acten auch noch dann fortbestand, als jener sie einst characterisirende Act weggefallen war. Weil endlich die Eigenthümlichkeit der legis actiones per manus injectionem und pignoris capionem nur in dem Justifications-Verfahren bestand, welches sich an die Acte der manus injectio und pignoris capio anschloss, um diese Acte gegen die zum Einspruch Berechtigten zu rechtfertigen [23]), so sind auch die Acte der manus injectio und pignoris capio nur als characterisirende Einzel-Acte der legis actinones cum manus injectione und pignoris capione aufzufassen, was schon der Ausdruck jure vindicere des Grundgesetzes andeutet (tab. III, frg. 3) [24]).

Wie nun das provocare sacramento ein provocare ad judicium cum

---

22) Gaius, II 102. 23) Ihering, Geist I. S. 150 fgg.

24) Nach der herrschenden Lehre, welche den Inhalt des Urtheils bei der legis actio per sacramentum auf den Ausspruch über das sacramentum be-

sacramento war, so war auch das provocare sponsione ein provocare ad judicium cum sponsione [25]). Den Römern war die provocatio eine Herausforderung zum Zweikampfe im Kriege oder vor Gericht; die modernen Culturvölker kennen aber auch einen physischen Zweikampf im Frieden, um eine Ehrenfrage zu entscheiden, nämlich das Duell. Diese Art, eine Ehrenfrage zu entscheiden, kannten die Römer nicht, wohl aber kannte ihre Sitte seit den ältesten Zeiten eine andere Art, und zwar eine Art, welche auf einer viel sittlicheren Anschauung beruhte, ich meine jene provocatio sponsione ad judicium, welche ich oben als ein Element der Volkssitte bezeichnet habe.

Weil nämlich die Sponsio die Beifügung einer Bedingung gestattete, die Höhe der in der Regel auf eine Geldsumme gerichteten Leistung aber von dem Willen der Parteien abhängig war, so konnte die Sponsio auch dazu angewendet werden, um Fragen, für welche

---

schränkt, könnte mir eingewendet werden, dass bei dieser legis actio ja auch das Urtheil nur den Ausspruch enthielt, wessen sacramentum als justum, wessen als injustum angesehen wurde. Weil nun die provocatio sacramento, wie es sich bald deutlicher zeigen wird, keine Wette war, wie jetzt angenommen wird, die interpositio sacramenti vielmehr dem Civilprocesse des Grundgesetzes für gewisse Klagen nur ein pönales Element einfügte, welches nicht zum Wesen dieses Processes gehörte, so enthielt bei diesen Klagen auch das Urtheil zwei Bestandtheile: den Ausspruch über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des klägerischen Rechtes und als Folge auch den Ausspruch über den bezüglichen Verfall und Nichtverfall der poena temere litigantis. Der erste Bestandtheil bildete die Grundlage für die Bestimmung der Rechtskraft des Urtheils, der zweite die Grundlage für die Untersuchung über den Verfall der poena sacramenti temere litigantis (judicare sacramenta). Diese Bestandtheile des Urtheils verhielten sich also gerade so als Grund und Folge zu einander wie noch heute im Strafprocesse im Falle einer Verurtheilung das Urtheil zunächst den Ausspruch über die Schuld des Angeschuldigten, und als Folge der constatirten Schuld auch den Ausspruch über die Strafe des Verurtheilten enthält, wobei nur der Unterschied eintritt, dass im römischen Civilprocesse des Grundgesetzes auch das sacramentum des Klägers verfallen konnte, es also insofern auch eine Verurtheilung des Klägers gab. Der in den Quellen vorkommende Ausdruck: sacramentum justum, injustum judicare bezeichnete also nicht den ganzen Inhalt des Urtheils, sondern nur in Kürze den Sieg oder das Unterliegen einer Partei. Für das hier Gesagte z. vgl. der „Anhang".

25) Valerius Maxim. II c. 8, 74: Valerius sponsione provocavit: „ni suo ductu Punica classis esset oppressa". Gaius IV 93: provocamus adversarium tali sponsione: Si homo, q. d. a., ex jure Quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes?

es sonst keine richterliche Entscheidung gab, als Bedingungen einer geringen Geldleistung, oder, genauer ausgedrückt, einer Geld-Scheinleistung, zu formuliren und auf diese Weise eine richterliche Entscheidung zu vermitteln. Auf diese Weise konnten alle Beschuldigungen, kurz alle Ehrenfragen, richterlich entschieden werden[26]). Bei der grossen Verwendbarkeit der Sponsio war es freilich möglich, auch andere Fragen, für welche es nach dem Gesetze keine gerichtliche Entscheidung gab, in der Form der Sponsio zur gerichtlichen Entscheidung zu bringen, allein, wie das sacramento provocare sich nur als eine gerichtliche Herausforderung zum gerichtlichen Zweikampf darstellt, so erscheint auch das sponsione provocare in seiner ursprünglichen Bedeutung nur als eine aussergerichtliche Herausforderung zum gerichtlichen Zweikampfe, namentlich, um Ehren- und andere wichtige Fragen zu entscheiden, für welche es sonst kein richterliches Urtheil gab.

Diese Ergebnisse über das sacramento und sponsione provocare begründen sehr wichtige Unterschiede, weil die herrschende Lehre die provocationes sacramento und sponsione nur als Process-Wetten und zwar die erstere als eine ganze, die letztere als eine halbe Wette darstellt.

Der wichtige Unterschied zwischen der herrschenden Lehre über das provocare sacramento und dem hier gewonnenen Ergebnisse ist nun folgender: Weil die provocationes des Klägers und des Beklagten nur provocationes ad judicium sacramento interposito waren, die Annahme der klägerischen provocatio ad judicium von Seite des Beklagten also die acceptio judicii war, so wird jener viel gesuchte Contract gewonnen, wodurch die Parteien sich dem judicium und seinen gesetzlichen Folgen unterwarfen, und welcher das Fundament des judicium privatum, also nicht bloss der legis actio per sacramentum, sondern auch aller übrigen processeinleitenden legisactiones bildete. Auch in der von Gaius IV. 6 mitgetheilten legis actio per sacramentum ist diese Willenseinigung der Parteien, sich dem judicium zu unterwerfen, noch deutlich erkennbar. Wenn nämlich Gaius sagt: adversarius quoque dicebat: „Similiter ego te“; seu L asses sacramenti nominabant, so legt er dem Beklagten die Erklärung in den Mund, dass **auch er** den Kläger auf gleiche Weise, also auch unter Sacration derselben Summe zum judicium herausfordere, wodurch er ohne Zweifel das judicium acceptirt und sich mit dem Kläger einigt[27]). Den contractlichen

---

26) vgl. Ihering, II. 1. S. 79.

27) Dass sogar richterlich erzwungene Willenseinigungen als wirksame

Character des ältesten Processes hat schon Ihering[28]) in nachdrücklichster Weise geltend gemacht. In der von Festus überlieferten Aufforderung an die Litis-Contestationszeugen: testes estote, wird wohl Niemand diesen Contract suchen, weil die lis früher anhängig geworden sein muss, ehe ihre Anhängigkeit bezeugt werden soll. Durch das hier gewonnene Ergebniss werden ferner nicht bloss Fragen über Litiscontestation und Urtheil erledigt, sondern auch der Act des judicium (formulam) postulare und accipere des späteren Processes aufgehellt und geschichtlich erklärt, weil die provocatio accepta der legis actio genau der formula accepta oder dem judicium acceptum des späteren Processes entspricht, und das „sententiae se subdere"[29]) ebenso in der acceptio provocationis als in der acceptio formulae seinen Ausdruck findet[30]).

Nicht minder wichtig ist für meine weiteren Darlegungen das über das provocare sponsione gewonnene Ergebniss, wornach die provocatio sponsione sich nicht als halbe Wette, sondern als eine aussergerichtliche Aufforderung zum gerichtlichen Zweikampf darstellt. Insofern sich auch der Zweikampf im Kriege und im Frieden als Wette betrachten lässt, ist freilich auch die provocatio sponsione eine Aufforderung zu einer Wette, allein weil wir mit dem Begriff der Wette nicht jenen hohen sittlichen Ernst verbinden, welcher in der ursprünglichen Bedeutung der Sponsio seinen Ausdruck fand, und weil die Aufforderung zu einer Wette keine sittliche Nöthigung zu ihrer Annahme enthält, so lässt sich auch die provocatio sponsione, so lange die Sponsio noch ihre ursprüngliche Bedeutung hatte, nicht als Wette auffassen. Ein Ehrenmann konnte die Annahme der provocatio sponsione in der ältesten Zeit um so weniger verweigern, als dieser Appell an sein Gewissen, wie das oben dargelegte Verhältniss der Sponsio zur fidepromissio und fidejussio zeigt, sogar noch nachdrücklicher war, als der Appell an seine Ehre. Zwei der ältesten Zeit angehörende Beispiele mögen diese Bemerkungen rechtfertigen.

Vereinbarungen galten, zeigt die L. 6. §. 3. D. de his, qui not. (3, 2): qui jussu praetoris pretio dato pactus est.

28) Geist I, S. 167—176. — 29) Ulp. L. 3. pr. D. jud. solv. 46, 7.

30) Valerius Maximus VIII. 3, §. 2 bezeichnet eine processsüchtige Frau geradezu als prompta ad lites contrahendas. L. 3. §. 11. D. pecul. 15, 1: — — Nam sicuti in stipulatione contrahitur cum filio ita judicio contrahi; proinde non originem judicio spectandam, sed ipsam judicati velut obligationem. Cic. de leg. III, 3, 6: (Minores magistratus) — — — lites contractas judicanto.

Wie Livius III. 13 berichtet, hatte sich Kaeso Quinctius, des Cincinnatus Sohn, den Hass der Plebs durch Gewaltthätigkeiten zugezogen. Im Augenblick der grössten Erbitterung gegen ihn erhebt aber Volscius Fictor sogar die Anschuldigung, er habe aus Hass gegen die Plebs dessen Bruder erschlagen, worauf der Volkstribun den Angeschuldigten zur Einleitung des Processes verhaften lässt. Gegen Stellung von vades aus der Haft entlassen, entzieht er sich der sicheren Verurtheilung durch freiwilliges Exil, wo er sein Leben verlor. Im J. 295 d. St. traten die Quaestoren G. Servilius und A. Cornelius gegen Volscius Fictor mit der Anklage auf, er habe gegen Kaeso ein falsches Zeugniss abgelegt, weil indessen viele Zeugen sich dafür gefunden hatten, dass Kaeso in der Zeit, in welcher des Volscius Fictor Bruder von ihm in Rom erschlagen worden sein soll, gar nicht in Rom anwesend war. Ueber das Auftreten der erwähnten Zeugen, das Benehmen des Volscius Fictor und seine Folgen berichtet nun Livius III 24:

„Ni ita esset,“ multi privatim ferebant Volscio judices. Quum ad judicium ire non auderet, omnes eae res in unum congruentes haud magis dubiam damnationem Volscii, quam Kaesonis Volscio teste fuerat, faciebant. Dieses judicem ferre stellt sich ganz deutlich als jene sehr ernste provocatio sponsione interposita ad judicium dar, um über die Wahrheit der Behauptungen (ni ita esset) auf Grund der Sponsio einen richterlichen Ausspruch herbeizuführen. Weil sich Volscius schuldig wusste, so verweigerte er die Annahme jener zahlreichen „Herausforderungen“, wesshalb er als ein confessus betrachtet wurde.

Das zweite Beispiel wird von Livius III, 57 so berichtet: Contra ea Verginius unum Appium Claudium et legum expertem et civilis et humani foederis esse ajebat. Respicerent tribunal homines — ubi decemvir — — virginem ingenuam — ministro cubiculi sui clienti dono dederit. — Proinde — se iterum ac saepius judicem illi ferre, ni vindicias ab libertate in servitutem dederit. Si ad judicem non eat, pro damnato in vincula duci jubere. Nach dem, was ich so eben über den Fall des Volscius bemerkt habe, hätte ich hier nichts mehr beizufügen, wenn nicht die Ansicht bestände[30a]), dass Appius Claudius das ungerechte Decret

30a) Namentlich hat Eck, Doppelseitig. Klagen, 1870 S. 25, gerade diese Stelle des Livius gegen meine Auffassung des Processes der Verginia geltend gemacht. Dass Appius Claudius in diesem Processe nur einen Conflict der dominica potestas mit der patria potestas sah, und die Freiheitsfrage diesem Conflicte ganz unterordnete, darauf werde ich noch unten zurückkommen.

in der Hauptverhandlung in jure erlassen habe. Von diesem Standpuncte aus aber wird es mir ganz unerklärlich, was denn Verginius mit seiner Herausforderung erreichen will. Nach der Ueberlieferung war doch der Rechtssatz nicht fraglich, dass in einem Freiheitsprocesse nach gepflogener Hauptverhandlung in jure die vindiciae secundum libertatem zu ertheilen seien, mochte der beanspruchte Mensch sich früher in libertate oder in servitute befunden haben, wie denn auch die herrschende Anschauung diesen Rechtssatz nicht als fraglich betrachtet. Von diesem Standpunkte erscheint mir also die Herausforderung des Verginius ganz zwecklos. Weil aber auch die Thatsache, dass Appius Claudius in diesem Processe die vindiciae secundum servitutem gab, notorisch war und von Appius Claudius gar nicht geläugnet wurde, so kann auch über die Thatsächlichkeit des erwähnten Decretes keine Frage mehr gestellt werden. Von diesem Standpunkte erscheint also die Herausforderung des Verginius völlig unmotivirt. Ich sehe mich also genöthigt zur Erklärung dieser mir vom bezeichneten Standpunkte unverständlichen Stelle auch hier die von mir schon vor Jahren gegebene Darstellung dieses Processes geltend zu machen und sie in Kürze so zusammenzufassen: Appius Claudius hatte in diesem Processe die sich erbietenden Vindices als nicht legitimirt zur causa zurückgewiesen, weil er in diesem Falle keine einfache causa liberalis, sondern einen doppelten Conflict der dominica potestas mit der libertas und patria potestas erblicken zu müssen glaubte. Aus diesem Grunde hatte er nach dem Antrage seines Clienten die Vindices als untauglich zurückgewiesen und die ductio der schönen Plebejerin decretirt. Diese Auffassung des Falles und die Zurückweisung der Vindices rief aber eine so mächtige Bewegung des Volkes hervor, dass Appius Claudius sich genöthigt sah, die Durchführung des erlassenen Decretes für diesen Tag zu sistiren, und dieselbe auf den kommenden Tag zu verlegen, wo er inzwischen durch das Aufgebot grösserer Machtmittel der Bewegung Herr zu werden hoffte. Inzwischen wird Verginia ihrem Bräutigam und ihren Verwandten zurückgegeben[31]) gegen Leistung der Caution, dass sie am nächsten Tage vor Gericht gestellt werden würde. Wiewohl nun Appius Claudius Massregeln getroffen hatte, dass der abwesende Vater des Mädchens nicht in der Lage sein sollte, so bald in Rom zu erscheinen, so erschien dieser, von den Verwandten herbei gerufen, gleichwohl schon am nächsten Tage, also rechtzeitig, vor Gericht. Appius Claudius muss nun dessen Legitimation ad causam anerkennen, und

31) vindicatur Verginia, z. s. Brissonius s. v. vindicare.

jene Vorverhandlung einleiten lassen, welche im pontificischen Processe Regel, später aber Ausnahme war. Am Schlusse derselben war natürlich, da Verginia gegenwärtig ihr Besitz aber bestritten war, die Besitzfrage zu entscheiden. Da aber in der Vorverhandlung der Besitz stets auf Grund des status quo ante zu reguliren war, mochte der homo bisher in libertate oder servitute sich befunden haben, so musste in diesem Falle die Frage entstehen, ob Verginia in Folge der gestern decretirten und noch zu Recht bestehenden Ductio als Sclavin, oder, weil die Zurückweisung der Vindices widerrechtlich, also die Ductio nichtig war, als eine thatsächlich noch freie Person behandelt werden solle. Appius war in dieser Zeit der oberste interpres legum, und hatte auch von Seite des Spurius Oppius, der ohne Zweifel inzwischen zur Wahrung der Freiheit der Plebejerin angerufen worden war[32]), keine Intercession zu fürchten. Er stellt sich also zum zweiten Male auf den Standpunct seines Clienten, hält die Tags zuvor verfügte Ductio aufrecht, betrachtet die Verginia als eine nicht mehr freie Person und ertheilt die vindiciae secundum servitutem. Jedenfalls muss Appius Claudius sein Verfahren als ein formell correctes dargestellt, und die Ansicht vertreten haben, dass dieser Fall vom Gesichtspunkte des erwähnten Conflictes zu beurtheilen sei, die Vindices also mit Recht zurückgewiesen worden seien. Wie also Appius Claudius die Sache gewendet hatte, lag wohl eine nicht gerade einfache Rechtsfrage vor, so klar sich auch das materielle Unrecht jedem unbefangenen Beurtheiler der Sache darstellen mochte. Verginius konnte ihn daher wohl zur richterlichen Entscheidung herausfordern, ob er nicht (ni = ob nicht, Plaut. Truc. IV, 2, v. 23) an einer freien Person die vindiciae secundum servitutem ertheilt habe[33]). Wie Volscius Fictor, so verweigerte auch Appius Claudius die Annahme der Herausforderung, und gestand damit seine Schuld ein[34]).

Wenn ich nun das Resultat der bisherigen Untersuchungen über die Sponsio als Element der Volkssitte constatire, so war bisher die

---

32) Livius III, 58. Sp. Oppius proximus invidiae, quod in urbe fuerat, cum injustae vindiciae dicerentur. Plus tamen facta injuria Oppio quam non prohibita invidiae fecit.

33) Die Sponsio selbst aber wäre in diesem Falle nur so zu fassen gewesen: Si ab libertate in servitutem vindicias dedisti, spondesne ob eam rem mihi (25) asses dare?

34) z. vgl. jetzt die zahlreichen Quellenerzeugnisse „über Streitsponsionen" bei Bekker, Aktionen I. S. 249—253.

Annahme der provocatio ad judicium sponsione interposita eine sittliche Nothwendigkeit; wird nun die provocatio sponsione zu einem processualischen Mittel erhoben, und seine Verwendung für die Reform dem Prätor urbanus gesetzlich gestattet, so wird dadurch jene sittliche Nothwendigkeit der Annahme der provocatio sponsione vorerst in eine rechtliche verwandelt, dem Prätor urbanus aber auch ein ganz ausreichendes Mittel an die Hand gegeben, alle von ihm im Edicte proponirten Actionen und Exceptionen für die judicia legitima wirksam zu machen.

Die Sponsio als Processorgan und die grosse Bedeutung dieser ihrer Function für die Entwicklung des grundgesetzlichen Civilrechts durch das prätorische Recht vor den leges Juliae.

§. 36. Es ist uns nur mehr ein einziges Gesetz theilweise erhalten, aus welchem die Sponsio in der Eigenschaft eines Processorgans erkennbar ist, aber es ist ein glücklicher Zufall, dass dieses die erwähnte Eigenschaft der Sponsio nach allen Seiten hin kennzeichnet. Es sind dies die Fragmente der lex Rubria, welche ich nun in der angedeuteten Richtung zu erörtern, dabei aber die Ausführungen Mommsens über den Inhalt dieses Gesetzes zu verwerthen habe[1]).

Im römischen Staate standen die römischen und die municipalen Gerichte in dem Verhältniss von Regel und Ausnahme, so dass nach ursprünglichem und ordentlichem Recht jene in allen Sachen allein competent waren, diesen aber nur eine singuläre, auf speciellen Ausnahmen beruhende Gerichtsbarkeit zukam. Die Gerichtsordnung, welche die lex Rubria für die Municipalgerichte in Gallia cisalpina auf vier Tafeln enthielt (von denen nur die vierte theilweise erhalten ist), steht daher zu dem prätorischen Edict in Rom in dem Verhältniss, wie eine provincial-rechtliche Novelle zur Reichsprocessordnung, oder wie ein Particulargesetz zu einem Reichsgesetz. Erhalten sind uns auf der vierten Tafel der Rest des Abschnittes de operis novi nunciatione (c. 19) und der Abschnitt damni infecti (c. 20), welche in der wohl über Caesar zurückreichenden Ordnung des später von Julian redigirten Edictes dem 23. Abschnitte des prätorischen Edictes in Rom entsprechen, und der Abschnitt de confessis (c. 21 u. 22), welcher im prätorischen Edicte

1) „Ueber den Inhalt des Rubrischen Gesetzes", in Bekker's und Muther's Jahrbuche II. N. IX. S 319 fg.

den Anhang zu dem 28. Abschnitte de re judicata bildete[2]). Den von Mommsen[3]) gegebenen Text dieses Gesetzes glaube ich nach dem Vorgange von Bruns[4]) in den uns geläufigen späteren Wortformen und mit aufgelösten Siglen wiedergeben zu sollen.

Für die Sponsio als processualisches Organ sind aus den Fragmenten der lex Rubria zunächst die Capitel 21 und 22 massgebend. Das Capitel 21 lautet:

A quocunque pecunia certa credita signata forma publica populi Romani in eorum quo oppido, muncipio, colonia, praefectura, foro, vico, conciliabulo, castello territoriove, quae sunt eruntve in Gallia Cisalpina, petetur, quae res non pluris HS. XV. milia erit, si is

I) eam pecuniam in jure apud eum, qui ibi jure dicundo praeerit, ei, qui eam petet, aut ei, cujus nomine ab eo petetur, dare oportere debereve se confessus erit, neque id, quod confessus erit, solvet, satisve faciet,

II) aut se sponsione judiciove uti oportebit, non defendet;

III) sive is ibi de ea re in jure non responderit, neque de ea re sponsionem faciet, neque judicio, uti oportebit, se defendet:

tum de eo, a quo ea pecunia petita erit, deque eo, cui eam pecuniam dari oportebit,

siremps res lex jus causaque omnibus omnium rerum esto, atque uti esset, esseve oporteret, si is, qui

I) ita confessus erit,

II) aut de ea re non responderit,

III) aut se sponsione judicioque, uti oportebit, non defenderit, ejus pecuniae ei, qui eam suo nomine petierit, cuive dari oportebit, ex judiciis datis judicareve recte jussis jure lege damnatus esset, fuisset.

Quicunque II vir IV vir praefectusve ibi jure dicundo praeerit, is eum, qui

I) ita quid confessus erit, neque id solvet, satisve faciet,

II) eumve, qui se sponsione judiciove, uti oportebit, non defenderit,

III) aut in jure non responderit, neque id solvet satisve faciet, tantae pecuniae, quanta ea pecunia erit, de qua tum inter eos ambigetur, dumtaxat HS. XV milia sine fraude sua duci jubeto; quique eorum quem, ad quem ea res

2) z. vgl. Rudorff Ztsch. f. RG. III. S. 75 fg.

3) Corpus inscript. Latin. Vol. I 1863 N. 205 pag. 115 sq.

4) Fontes jur. Rom. pag. 53. editio 1.

pertinebit, duxerit, id ei fraudi poenaeve ne esto; quodque ita factum actum jussum erit, id jus ratumque esto.

Wenn in der L. 26 D. ad mun. (50, 1) „ea, quae magis imperii sunt, quam jurisdictionis", dem Muncipalbeamten abgesprochen werden, so sollen ihm damit nur diejenigen Handlungen nicht gestattet werden, bei denen theils eine freiere, mehr arbiträre Behandlung, theils eine grössere Gefahr für den Betroffenen obwaltet. Damit stimmt es völlig, wenn die auf Eingeständniss in jure vor dem Municipal-Magistrat, oder, was dem rechtlich gleichsteht, auf Schweigen und unbefriedigende Antworten in jure sich stützende Execution auch in den Processen, wofür der Municipalrichter competent ist, doch im Allgemeinen dem römischen Magistrat vorbehalten, und nur hinsichtlich der Geldschuldklage für die ductio eine Ausnahme gemacht wird. Der Grund dieses Unterschieds liegt darin, dass bei der Geldschuldklage, welche nominell auf pecunia certa credita, der Sache nach aber auf jede pecunia certa debita geht, die in jure confessio immer auf ein aes confessum hinauslief, dagegen bei jeder andern Klage die confessio noch immer ein Aestimations-Verfahren zur Uebertragung des Einbekannten in eine feste römische Geldsumme übrig liess. Dem rechtskräftigen Urtheile war also wohl jene confessio gleichzustellen, nicht aber auch diese. Dies ist besonders insofern wichtig, als hiernach das, was die lex Rubria hinsichtlich der confessi vorschreibt, nicht ohne Weiteres auf die judicati angewendet werden darf. Vielmehr wird den Municipal-Magistraten wahrscheinlich die Execution nur bei jedem auf römisches Geld gerichteten Erkenntniss und bei jeder rechtskräftigen Sentenz zugestanden. Aus dem Rubrischen Gesetze geht mit Wahrscheinlichkeit hervor, dass zu Caesar's Zeit noch wie vor Alters die ordentliche und solenne Execution die personale, nämlich die ductio war, die missio in bona dagegen rechtlich als ein ausserordentliches, jure imperii zu ertheilendes und darum von den niedriger stehenden Muncipal-Magistraten nicht zu erlangendes Aushilfsmittel galt. Verwandt damit ist die Behandlung des von den Gallischen Municipal-Magistraten auferlegten und von dem Beklagten verweigerten oder nicht recht geleisteten vadimonium in den Fällen, wo dem Muncipal-Magistrat nur die Eröffnung, nicht aber die Erledigung des Verfahrens in jure freistand. Kam ein solcher Fall in Rom vor, so fiel er unter die Kategorie: si is de ea re in jure non responderit, neque de ea re sponsionem faciet, und ein solcher Beklagter war pro confesso, so dass ohne Zweifel sofort die ductio, eventuell die missio in bona verfügt wurde. Dem Gallischen Municipal-Magistrat hingegen war nur gestattet, ein Recuperatorengericht offenbar auf Scha-

denersatz gegen die widerspenstige Partei niederzusetzen (vgl. Lex Rubr. c. 21 lin. 22—24).

Nach diesen, den Ausführungen Mommsens[5]) über das Verhältniss der Muncipal-Magistrate zu den Magistraten in Rom entlehnten Vorbemerkungen kann ich nun auf die mir vorliegende Frage übergehen. Wenn es im c. 21 heisst: a quocunque pecunia certa credita signata forma publica populi Romani — petetur, si is — confessus erit, sive — non responderit, neque de ea responsionem faciet, — — tum de eo — siremps res, lex, jus causaque omnibus omnium rerum esto, atque — si is — ex judiciis datis judicareve recte jussis jure lege damnatus esset fuisset, so wird der Beklagte, welcher die Eingehung der Sponsio verweigert, als ein confessus in jure behandelt und gegen ihn sofort zur Execution geschritten. Darum wird dem Muncipal-Magistrat innerhalb seiner Competenz ausdrücklich zugesichert, ohne eigenen Nachtheil (sine fraude sua) die ductio gegen den als confessus Behandelten verfügen zu dürfen. Daraus aber folgt, dass bei dem oben bezeichneten Verhältniss der lex Rubria zur Gerichtsordnung in Rom und der Muncipal-Magistrate zu den Magistraten in Rom der richterliche Magistrat in Rom ohne irgendwelche Beschränkung auf eine bestimmte Geldsumme die ductio auch gegen denjenigen verfügen durfte, welcher die Annahme der provocatio sponsione ad judicium verweigerte. Das durch die Zurückweisung der provocatio sponsione abgelegte Eingeständniss des Volscius Fictor und des Appius Claudius war ein aussergerichtliches und hatte als solches nur die Folgen, welche ihm die nationale Sitte gab, das durch die in jure erfolgte Zurückweisung der provocatio sponsione abgelegte Eingeständniss wurde als ein gerichtliches behandelt und hatte als solches die Execution zur Folge.

Das Capitel 22 lautet:

A quo quid praeter pecuniam certam creditam signatam forma publica populi Romani — petetur, quodve cum eo agetur — si is

I) eam rem — in jure — dare facere praestare restituereve oportere aut se debere, ejusve eam esse, aut se eam habere, eamve rem, de qua arguetur, se fecisse obligatumve se ejus rei noxiaeve esse confessus erit dixeritve, neque de ea re satis, uti oportebit, faciet,

II) aut, si sponsionem fieri oportebit, sponsionem

5) a. a. O. S. 329 fg.

non faciet, aut non restituet, neque se judicio, uti oportebit, defendet,

III) aut si de ea re in jure nihil responderit, neque de ea re se judicio, uti oportebit, defendet:

tum de eo — siremps res lex — — esto, atque uti esset, esseve oporteret, si is

I) qui ita quid earum rerum confessus erit,

II) aut de ea re non responderit,

III) neque se judicio, uti oportebit, defenderit,

de iis rebus Romae apud praetorem, eumve, qui de iis rebus Romae jure dicundo praeesset,

I) in jure confessus esset,

II) aut ibi de ea re nihil respondisset,

III) aut judicio se non defendisset,

praetorque, isve, qui de ea re Romae jure dicundo praeerit, in eum et in heredem ejus de iis rebus omnibus ita jus dicito, decernito eosque duci bonaque eorum possideri proscribive jubeto, ac si is, heresve ejus

I) de ea re in jure apud eum praetorem — confessus esset,

II) aut de ea re nihil respondisset,

III) neque se judicio, uti oportebit, defendisset;

Dum ne quis de ea re, nisi praetor, isve qui Romae jure dicundo praeerit, eorum cujus bona possideri, proscribi venire ducique eum jubeat.

Während also im c. 21 dem Municipal-Magistrat die Verfügung der ductio gegen den confessus und die diesem Gleichgestellten bei der vom Gesetze bezeichneten Klage gestattet wird, wird im c. 22 für alle andern Klagen die Anordnung der ductio und der missio in bona gegen den confessus und die diesem Gleichgestellten dem Prätor in Rom vorbehalten. Als ein solcher bei allen übrigen Klagen dem confessus Gleichgestellter wird aber im c. 22 auch derjenige bezeichnet, qui, si sponsionem fieri oportebit, sponsionem non faciet. Es wurde also bei allen anderen Klagen in Rom auch gegen denjenigen die ductio und die missio in bona verfügt, welcher die provocatio sponsione nicht annahm. Dass aber der Prätor die Sponsio auch im Interdictsprocesse zwangsweise zur Anwendung bringen konnte, das folgt aus derselben lex Rubria, wenn es da im c. 22 heisst: si is — restituere oportere, — — — eamve rem — se fecisse — confessus erit, dixeritve, neque de ea re satis — faciet

— **aut non restituet.** Die Anwendung der Sponsio im Interdictsprocesse bezeugt auch Cicero[6]).

Die Sponsio war also ein processualisches Organ, welches der Prätor auch zwangsweise in Anwendung bringen konnte. Als Form für Sicherstellungen war die Sponsio seit den ältesten Zeiten in Gebrauch, weil die Anordnung von Cautionen dem richterlichen Magistrat kraft seines Imperiums zustand[7]), allein die Conception der Cautionsformeln stand vor der lex Aebutia nicht dem richterlichen Magistrate, sondern nur den Pontifices zu. Die lex Rubria enthält nun auch dafür sichere Belege, dass nach der lex Aebutia dem richterlichen Magistrate auch die Conception der Cautionsformeln zustand. Ausserdem ist die lex Rubria das einzige uns bekannte Gesetz, welches die Aufnahme der Exceptio in die Sponsio erwähnt, wesshalb dieses Gesetz auch die Frage beantwortet, wie die prätorischen Exceptionen für die judicia legitima zur Geltung gebracht wurden. Die Stellen dafür enthält das Capitel 19 der lex Rubria[8]), welches aber nur mehr theilweise erhalten ist, und das Capitel 20, welches zwar ganz erhalten, aber so weitläufig ist, dass ich Anstand nehme, dasselbe hier vollständig mitzutheilen.

Was hieher gehört, beschränkt sich auf den letzten Satz des Cap. 19 und auf jene Stellen des Cap. 20, in welchen von den prätorischen Stipulationsformeln die Rede ist.

Der Schlusssatz des Cap. 19, in welchem von der Auferlegung der Sponsio und von der Aufnahme der Exceptio in dieselbe die Rede ist, lautet:

Quodque quiscunque de ea re decernet, interdicetve, sive sponsionem fieri judicarive jubebit, judiciumque quod de ea re dabit, is in id decretum interdictum sponsionem exceptionem addito addive jubeto: „qua de re operis novi nunciationem II vir IV vir praefectusve ejus municipii non remiserit“.

In dem ersten Absatze des 20. Capitels spricht die lex Rubria von „ex formula restipulari satisve accipere“, und von „ex formula repromittere et satisdare“, und im zweiten und dritten Absatz wird die Stipulationsformel erwähnt, welche der Prätor peregrinus in Rom im Album aufgestellt hatte; Si — — G. Licinius (Blanket-Name) — — eam stipulationem, quam is qui Romae inter peregrinos

6) Ad famil. VII 21: Sponsio: „Si bonorum Turpiliae possessionem G. Caepio praetor ex edicto suo mihi dederit“.

7) Z. vgl. Livius, III. 46 §. 8: ita vindicatur Verginia spondentibus propinquis.

8) Dieses Capitel hat sinngemäss ergänzt Rudorff in der Ztsch. f. RG, III. S. 78.

jus dicet, in albo propositam habet, L. Seio (Blanket-Name) repromisisset. — — Was nun hier vom Prätor peregrinus gesagt ist, dass er Stipulationsformeln aufgestellt habe, muss natürlich auch vom Prätor urbanus gelten. Wenn aber die Prätoren Stipulationsformeln in ihren Edicten aufgestellt hatten, so müssen sie auch die Befugniss ihrer Conception gehabt haben. Die lex Rubria enthält also ausreichende Belege dafür, dass die Sponsio ein allgemeines processualisches Organ war.

Ich habe nun die Functionen näher zu bestimmen, welche die Sponsio als processualisches Organ für die judicia legitima in Rom insbesondere hatte.

Die Theilung des römischen Eigenthums und Erbrechts in das gesetzliche (ex jure Quiritium) und das prätorische (bonitarisches Eigenthum, prätorisches Erbrecht) bestand in den Zeiten des Gaius noch fort und ebenso wurden auch noch damals die wichtigsten Eigenthums- und Erbschaftsprocesse vor den Centumvirn in der Form der alten legis actio in rem ausgetragen. Als Formen dieser vor den Centumvirn in Anwendung gekommenen legis actio nennt uns Gellius [9]) die legis actio in rem per sacramentum, also die actio in rem duplex, und Gaius [10]) die legis actio in rem per sponsionem et sacramentum. Es ist kein Zweifel, dass vor den Centumvirn auch das prätorische Eigenthum und Erbrecht geltend gemacht wurde, wenn vor die Centumvirn überhaupt die wichtigsten Eigenthums- und Erbrechtsstreitigkeiten gehörten.

Es entsteht darum die Frage, durch welche der beiden Formen der legis actio in rem prätorische Eigenthums- und Erbrechtsansprüche vor den Centumvirn geltend gemacht wurden. Nun enthielt die actio duplex die Behauptung des quiritischen Eigenthums und Erbrechts, sie enthielt weiter den Vindicationsact im engern Sinne, d. h. den Act des vindictam imponere. Diese vindicta oder hasta war wieder nur ein signum justi dominii (Gaius IV. 16), beziehungsweise, justae hereditatis, also das Symbol des gesetzlichen Eigenthums und Erbrechts. Darum konnte das, was ein Erblasser nicht ex jure Quiritium im Eigenthum, sondern nur „in bonis" hatte, kein Gegenstand des legatum per vindicationem sein [10a]). Der prätorische Eigenthümer und Erbe konnte also sein Recht in

9) Gellius XX 10 §. 1: „Ex jure manum consertum" verba sunt ex antiquis actionibus, quae, cum lege agitur et vindiciae contenduntur, dici nunc quoque apud praetorem solent.

10) Gaius IV 95: Ceterum si apud centumviros, summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem: sacramento enim reum provogamus. 10a) Gaius II 196; vgl. IV 36. Glück-Arndts Pandecten 46. Theil I. Abthl. S. 19.

der Form der alten actio duplex weder als Kläger noch als Beklagter geltend machen, (vgl. Gaius IV, 36, 41 und Böcking zu dieser Stelle), wozu sich noch der Umstand gesellte, dass das prätorische Eigenthum und Erbrecht nicht selten mit dem quiritischen in Conflict gerieth, und zur Austragung dieses Conflictes eine legis actio nothwendig war, welche ebenso dem Kläger als dem Beklagten die Geltendmachung seines Rechtes ermöglichte. Weil nun die actio duplex nur zur Geltendmachung des quiritischen Eigenthums und Erbrechts brauchbar war, so muss die zweite Form der legis actio in rem, also die legis actio in rem per sponsionem et sacramentum zur Geltendmachung des prätorischen Eigenthums und Erbrechts gedient haben, mochten nun nur prätorische Rechte unter einander, oder prätorische mit quiritischen in Conflict gerathen sein. Eine Bestätigung dessen bietet sowohl die ursprüngliche Bedeutung der Sponsio praejudicialis als die Beschaffenheit der Bemerkungen, welche Gaius IV, 95 über sie ausspricht. Es wurde schon oben dargelegt, dass der Ausdruck sponsione provocare so viel sagt als sponsione interposita ad judicium provocare. Dadurch wird die Sponsio als ein nothwendiges Organ bezeichnet für das unmittelbar darauffolgende judicium im Sinne der Formel, also entweder für die legis actio (Gaius IV. 95) oder für die formula (Gaius IV. 93). Dieser Sponsionsact ging nämlich dem Vollzuge der legis actio, beziehungsweise der Conception der formula unmittelbar voran, und die sponsio präjudicialis erhielt ihren Namen eben davon, dass sie dem judicium unmittelbar voranging (prae), also entweder der legis actio oder der formula, wie auch Gaius (IV. 93) ihre Function nur darein verlegt, ut per eam de re judicetur. Die Interposition der Sponsio hatte also, den Zweck, für den Anspruch ein judicium zu gewinnen, d. h. den Anspruch durch die sich unmittelbar anschliessende legis actio, oder formula verfolgen zu können. Ob also die summa sponsionis eingetrieben wurde oder nicht, das lag nicht in der ursprünglichen Bedeutung und Function der sponsio praejudicialis, und wenn Gaius die Nichteintreibung der summa sponsionis für die von ihm erwähnten Fälle der actio in rem besonders erwähnt, so ist die Hervorhebung dieses Momentes dadurch erklärlich, dass er die sponsio präjudicialis der actio in rem mit der sponsio poenalis vergleicht, von welcher aber schon Otto Müller[11]) mit Recht bemerkt hat, dass auch sie die praejudicielle Natur in sich schliesst[11a]). Es ist also die Folgerung er-

11) Institut. S. 45.

11a) Z. vgl: Bekkers Bemerkungen über die Verbindung der präjudiciellen und poenalen Funktion der Sponsio in seinen Actionen I. S. 249.

laubt, dass das prätorische Eigenthum und Erbrecht vor den Centumvirn darum in der Form der legis actio in rem per sponsionem et sacramentum geltend gemacht wurde, weil es zur Geltendmachung dieser Rechte vor den Centumvirn keine andere legis actio gab.

War nun die Theilung des Eigenthums und Erbrechts in das quiritische und prätorische auch nach den leges Juliae beibehalten worden, und war für die Geltendmachung des prätorischen Eigenthums und Erbrechts vor den Centumvirn nur die legis actio in rem per sponsionem et sacramentum brauchbar, so musste diese Theilung in dem ganzen Bereiche des Eigenthums und Erbrechts, also auch für jene Fälle aufrecht erhalten werden, welche zur Competenz des judex unus der von den leges Juliae begründeten neuen judicia legitima gehörten. Es liegt also die nothwendige Folge vor, eine actio in rem per sponsionem et formulam für die Geltendmachung wenigstens des prätorischen Eigenthums anzunehmen. Es kann also kein Zweifel sein, dass die von Gaius IV 93 erwähnte actio in rem per sponsionem et formulam zur Geltendmachung des prätorischen Eigenthums vor dem judex unus der neuen judicia legitima gedient hatte.

Weil aber Gaius in die von ihm mitgetheilte Sponsio praejudicialis einen quiritischen Eigenthumsanspruch einkleidet, so muss geschlossen werden, dass er auch hier wieder jenen Conflict des quiritischen Eigenthums mit dem bonitarischen im Auge hatte, welchen er in II, 41 bei der Erwähnung der Theilung des römischen Eigenthums in das quiritische und prätorische mit den Worten hervorhebt: Nam si rem mancipi neque mancipavero, neque in jure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis res efficitur, ex jure Quiritium autem mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias. Weil nun die Sponsio auch prätorischen Exceptionen und Replicationen civile Wirksamkeit verlieh und Gaius bei der Wahl dieses Falles, welcher zu seiner Zeit nicht mehr zur Competenz der Cemtumvirn gehörte, an den Conflict des quiritischen Eigenthums mit dem bonitarischen dachte, so muss die sponsio praejudicialis in diesem Falle die Function gehabt haben, gegen den klägerischen Anspruch des quiritischen Eigenthums die exceptio rei venditae et traditae und gegen diese die Replicatio wirksam zu machen:

Si homo, q. d. a. ex jure Quiritium meus est, ni is homo a me tibi venditus et traditus est, aut si — — —, sestertios XXV nummos dare spondes?

Dass aber Gaius hier diese Exceptio bezw. Replicatio nicht erwähnt, das erklärt sich daraus, dass er an dieser Stelle nur die satisdationes, nicht aber die actio in rem per sponsionem darzulegen

und über die letztere nur so viel zu sagen hatte, als es nothwendig war, um die Anwendbarkeit der stipulatio pro praede litis et vindiciarum anzudeuten. Einen Beweis dieser Auffassung finde ich in der L. 14. D. de Publ. in rem act. (6, 2), wo gerade von einem Fall gesprochen wird, in welchem der Verkäufer gegen den Käufer mit der Eigenthumsklage auftrat: Papinianus libro sexto quaestionum scribit: — — potest enim fieri, ut emtori res auferatur ab eo, qui venire mandavit, quia per ignorantiam non est usus exceptione: „Si non auctor meus ex voluntate tua tradidit." Eine solche Fassung der Exceptio, nicht in der Sprache des Prätors, wie die Exceptio der L. 17 D. eodem gefasst ist, sondern in der Sprache der Parteien, verträgt keine formula, sondern nur die Sponsio, welche ihrer Natur nach nur die Sprache der Parteien gestattet. Wird nun angenommen, dass der Verkäufer an der verkauften Sache, z. B. einem Sclaven, das quiritische Eigenthum besass, so ergibt sich für diesen Fall folgende Sponsio:

Si homo, q. d. a. ex jure Quiritium meus est, ni auctor tuus eum hominem ex voluntate mea tibi tradidit, sestertios XXV nummos dare spondes?

Von diesem Standpunkt erklärt sich wohl auch die schwierige L. 4, §. 7 D. de doli mali except. 44, 4, welche auch Bekker [11b]) mit der dinglichen Sponsionsklage in Verbindung bringt: Labeo ait, si de homine petito secundum actorem fuerit judicatum, et jussu judicis satisdatum sit, hominem intra certum diem tradi, et, si traditus non fuisset, poenam (quoque) stipulatus sit, petitorem, qui et hominem vindicat et poenam petit, exceptione (scil. doli mali) esse reppellendum: iniquum enim esse et hominem possidere et poenam exigere.

Die exceptio rei judicatae war nur dann unstatthaft, wenn die erste Klage (actio in rem per sponsionem mit der stipulatio pro praede litis et vindiciarum) auf Anerkennung des prätorischen, die zweite (die civile vindicatio rei) auf Anerkennung des inzwischen durch Usucapion erworbenen, quiritischen Eigenthums gerichtet, dieser letztere Anspruch also in Folge der ersten Klage nicht in judicium deducirt, also auch nicht anerkannt worden war.

Die leges Juliae hatten die alten judicia legitima nur mehr für die wichtigsten Eigenthums- und Erbschaftsprocesse beibehalten, für alle anderen Ansprüche absoluter oder relativer Natur aber (wohl auf Grund der Arbeiten des Ofilius) neue judicia legitima ein-

---

11b) Actionen, I. S. 268.

geführt (vgl. oben S. 121). Die Grundlage dieser neuen judicia legitima war die formula des Prätor urbanus. Diese muss also durch die genannten leges ihre frühere Natur eines bloss obrigkeitlichen Rechtes abgestreift und die Natur des neuen gesetzlichen Rechtes, des Kaiserrechtes angenommen haben. Hatte aber die formula des Prätor urbanus gesetzliche Natur erhalten, so musste diese Umwandlung auch an den materiellen Klagrechten des Prätor urbanus vollzogen worden sein, weil sie sonst durch die neuen judicia legitima nicht hätten geltend gemacht werden können. Es muss also angenommen werden, dass die leges Juliae auch das Anwendungsgebiet der sponsio präjudicialis beschränkt hatten, weil sie alle relativen Klagrechte des Edictes in gesetzliche verwandelt, und durch die neuen judicia legitima verfolgbar gemacht hatten. Das Anwendungsgebiet der sponsio praejudicialis, wie es Gaius angibt, kann also nicht als das ursprüngliche betrachtet werden. Dies ergibt sich mit nothwendiger Folge auch aus der Natur der Sponsio, welche ihrer Natur nach nur auf eine Leistung gerichtet war, folglich in naturgemässer Function zur Geltendmachung des prätorischen Eigenthums und Erbrechts gar nicht dienen konnte. Wenn ihr nun gleichwohl auch diese naturwidrige Function in Folge der unabweislichen Bedürfnisse des Lebens auf dem künstlichen Wege der Geld-Scheinleistung aufgedrungen werden musste, so muss gefolgert werden, dass ihre naturgemässe Function zur Verfolgung und Vertheidigung relativer, nur vom Prätor anerkannter, Rechte ihr ursprünglich umso weniger vorenthalten war. Ja es liegt sogar nahe, auf diesem ihr eigenthümlichen Gebiete ihr einen viel grösseren Einfluss zuzuschreiben. Wenn es möglich war, sich geloben zu lassen: „Gelobst Du mir bei Deinem Gewissen, die und die Summe zu zahlen, wenn Du dies oder jenes gethan oder nicht gethan hast“ [12]), warum soll es unmöglich gewesen sein, in jure vom Beklagten sich auch geloben zu lassen: „Gelobst Du mir bei Deinem Gewissen, mir 100 Sesterzen zu zahlen, wenn ich sie Dir als Darlehn aufgezählt habe, und diese mir noch nicht zurückgezahlt sind?“, wobei es dem Beklagten noch freistand, gegen den klägerischen Anspruch vom Prätor jede Exceptio zu postuliren, durch welche er den klägerischen Anspruch zurückweisen zu können glaubte. Wenn es möglich war, ein dare facere ex fide bona zu stipuliren (Lex Rubr. c. 20, v. 26), warum soll es unmöglich gewesen sein, in jure vom Beklagten ein „ita agere, ut inter bonos viros bene agere oportet,“ oder ein „dare facere, quod ex fide

12) Vgl. Ihering, Geist II 2 S. 542.

bona dari fieri oportet," sich geloben zu lassen, weil dieses oder jenes nur vom Prätor anerkanntes Rechtsgeschäft abgeschlossen sei? oder ein tanti aeris duplum dare, quanti ea res est, wenn der Beklagte dieses oder jenes factum perfidiae verübt habe? Diese Function der Sponsio ist aber nicht nur eine ihrer Natur viel gemässere, sondern sie ist auch eine viel wichtigere, weil durch sie nicht-civile Obligationen geradezu in civile verwandelt werden, das prätorische Eigenthum und Erbrecht hingegen zwar in der Form der judicia legitima geltend gemacht, aber nicht in civiles Eigenthum und Erbrecht verwandelt werden können, da die Sponsio ihrer Natur nach nur auf eine Leistung gerichtet werden kann. Jene bleibende Theilung des römischen Eigenthums und Erbrechts in ein civiles und prätorisches war also gerade dadurch entstanden, dass die Sponsio dem Prätor in den Gebieten der absoluten Rechte den Dienst versagte, welchen sie ihm im Gebiete des Obligationenrechtes leistete. Was sich nun hier aus der natürlichen Funktion der Sponsio von selbst ergibt, das wird auch durch positive Zeugnisse gesichert:

Valerius Maximus VIII c. 2. §. 2: Cajus Visellius Varro gravi morbo correptus trecenta milia nummum ab Otacilia Laterensi, cum qua libidinis commercium habuerat, expensa ferri sibi passus est eo consilio, ut si decessisset, ab heredibus eam summam peteret, quam legati genus esse voluit libidinosam liberalitatem debiti nomine colorando. Evasit deinde ex illa tempestate adversus vota Otaciliae. Quae offensa, quod spem praedae suae morte non maturasset, ex amica obsequenti destrictam feneratricem agere coepit nummos petendo, quos ut fronte inverecunda ita inani stipulatione captaverat. De qua re C. Aquilius, vir summae auctoritatis et scientia juris civilis excellens judex addictus adhibitis in concilium principibus civitatis prudentia et religione sua mulierem reppulit. Quodsi eadem formula Varro et damnari et absolvi potuisset, ejus quoque non dubito quin turpem et inconcessum errorem libentur castigaturus fuerit. Nunc privatae actionis calumniam ipse compescuit, adulterii crimen publicae questioni vindicandam reliquit[12a]). Die Schuld des Visellius Varro war simulirter Weise durch Expen-

---

12a) Hieher gehört auch, was Dirksen, Gesammelte Schriften, I. S. 13 über den Begriff des dolus malus bei Cicero bemerkt: Die gelegentliche Aeusserung des Cicero über den Begriff des dolus malus, Top. c. 9.: Si dolus malus est, cum aliud agitur, aliud simulatur; lässt nicht verkennen, dass die Schriften des Q. Mucius Scaevola und Servius Sulpicius benützt worden sind.

silatio begründet worden. Otacilia hatte diese pecunia expensa lata mit der condictio certi geltend zu machen. Wenn nun Valerius Maximus sagt, sie habe klagend die 300,000 Sesterzen mit einer stipulatio inanis sich zu verschaffen gesucht, so muss die Klägerin zur poena tertiae partis entweder selbst gegriffen haben, oder vom Beklagten in jure dazu genöthigt worden sein, worüber ich noch unten zu sprechen haben werde. Was aber kann das nummos petendo inani stipulatione captare anderes heissen, als dass die Stipulatio direct auf Zahlung der 300,000 Sesterzen sammt (cum) dem dritten Theil derselben gerichtet war? Die Stipulatio, welche Otacilia interponirt hatte, bezeichnet Valerius Maximus weiter als eine wirkungslose (inanis). Wirkungslos aber kann eine vor dem Prätor eingegangene Sponsio nur dann sein, wenn dem civilen Anspruch des Klägers von Seiten des Beklagten eine wirksame Exceptio entgegengestellt wird. (L. 39 D. donat. vir. et ux. 24, 1). Diese Exceptio konnte nun nach dem, was Valerius Maximus erzählt, in unserem Falle nur die schon von Cicero de nat. deor. III, 30 als ein everriculum malitiarum omnium bezeichnete exceptio doli mali gewesen sein, welche durch ihre Aufnahme in die Sponsio natürlich auch civile Wirksamkeit erlangt hatte (vgl L. 52 D. mand. 17, 1). Gerade diese Fähigkeit der Sponsio, auch prätorischen Exceptionen civile Wirksamkeit zu verschaffen, macht es recht klar, warum die Sponsio stets direct auf Zahlung jener Geldsumme gerichtet werden musste, welche aus einer Expensilatio oder Stipulatio geschuldet wurde. Aus dieser präjudiciellen Function der Sponsio, eine prätorische Exceptio gegen einen civilen Anspruch civilrechtlich wirksam zu machen, also ihr tilgende Kraft zu geben, folgt zugleich, dass im Process der Otacilia der Anspruch aus der Expensilatio in die Form der Stipulatio auch dann einzukleiden war, wenn, wie es möglich war, weder die Klägerin, noch ihr Gegner zur poena tertiae partis griff, die Sponsio also die präjudicielle Function mit der pönalen nicht vereinigte. Die erwähnte tilgende Kraft, welche die Exceptio ursprünglich nur durch ihre Einkleidung in die Sponsio gegen einen civilen Anspruch erlangte, bringt Plutarch Quaest. Rom. 81 dadurch zum deutlichsten Ausdruck, dass er die Wirkung der Exceptio mit der cassatorischen Wirkung der tribunicischen Intercession vergleicht: „Wie einige Redner nicht zugeben, dass die Exceptio eine der Actio entgegengesetzt wirkende Actio sei, (denn während die letztere vor Gericht führt und das judicium veranlasst, tilgt und befreit die erstere*), ebenso meinen sie, dass die tri-

*) Vgl. L. 25. D. de V. O. 45, 1; L. 66. D. de R.J. 50, 17; L. 42, § 1.

bünicische Gewalt vielmehr eine Hinderung der magistratischen Gewalt und ein gegen die magistratische Gewalt gerichteter Widerstand sei als eine magistratische Gewalt" [12b]). Für diese stipulatio propter exceptionem inanis ergibt sich also folgende Fassung, wenn ihr zugleich eine pönale Function gegeben wird:

Otacilia: Si te mihi ex expensilatione trecenta milia nummum dare oportet, ni quid in ea re dolo malo meo factum est nive fit, spondesne ob eam rem mihi eam pecuniam cum tertia ejus parte dare?

Varro: Spondeo.

Die formula, welche auf Grund dieser dem Geschwornen schriftlich mitzutheilenden Sponsio vom Prätor für den Geschwornen C. Aquilius, dem bekannten Urheber der actio doli mali, concipirt wurde, musste also gelautet haben:

O. Aquilius judex esto. Si paret Visellium Varronem Otaciliae Laterensi HS quadringenta milia dare oportere, judex, Visellium Varronem Otaciliae Laterensi HS quadringenta milia condemnato; si non paret, absolvito [12c]).

In diesem Falle wurde eine pecunia expensa lata eingeklagt, und doch wurde die Sponsio direct auf Zahlung der 300,000 Sesterzen gerichtet; wenn nun aber nicht eine pecunia expensa lata, sondern eine pecunia data vel adnumerata einzuklagen war, so musste die Sponsio in diesem Falle, in welchem sie ihre Function gerade in wirksamster Weise vollbringen konnte, desto gewisser direct auf die Zahlung der schuldigen Geldsumme gerichtet gewesen sein, natürlich unter der Bedingung, dass diese Geldsumme zugezählt und nicht zurückgezahlt worden sei:

D. de Oblig. et act. 44, 7 und Brinz, Krit. Vrtlj. XIV. Bd. 2. Hft. 1872 S. 222 sub Nr. 6.

12b) Plut. Q. R. 81: *ὡς τῶν ῥητόρων ἔνιοι τὴν παραγραφὴν οὐ βούλονται δίκην εἶναι τοὐναντίον. τῇ δίκῃ δρῶσαν (ἡ μὲν γὰρ εἰσάγει καὶ ποιεῖ κρίσιν, ἡ δὲ ἀναιρεῖ καὶ λύει), τὸν αὐτὸν τρόπον οἴονται τὴν δημαρχίαν κώλυσιν ἀρχῆς μᾶλλον εἶναι καὶ πρὸς ἀρχὴν ἀντίταξιν ἢ ἀρχήν.* Mit Recht bemerkt Mommsen, röm. Staatsr. S. 216, Not. 3, durch den ich auf diese Stelle aufmerksam wurde, dass Plutarch (geb. 50 n. Chr.) den Vergleich der staatsrechtlichen intercessio mit der privatrechtlichen Exceptio gewiss aus den besten römischen Quellen geschöpft habe.

12c) Wenn Cicero de invent. II, 20 von der Aufnahme der Exceptio in die formula selbst spricht, so ist zu erinnern, dass er daselbst von einem judicium imperio continens (judicium recuperatorium) redet, welches als solches keiner sponsio praejudicialis bedurfte. Ob die formula, ehe sie ein judicium legitimum wurde, auch den Inhalt der sponsio praejud., also auch die Exceptio in sich aufnehmen konnte, die Beantwortung dieser Frage gehört nicht mehr in den Bereich meiner Aufgabe.

Si ego tibi trecenta milia nummum adnumeravi, eaque pecunia soluta non est, ni — — —, spondesne ob eam rem mihi eam pecuniam cum tertia ejus parte dare?

Wie sich in der Zeit des C. Aquilius an diese Sponsio unmittelbar die formula anschloss*) (sponsio praejudicialis), so schloss sich in der Zeit der Legisactionen an dieselbe die entsprechende legis actio in personam (per condictionem) schriftlich an (daher die Noten des Valerius Probus), weil durch den Voract der provocatio sponsione die nicht — civile Obligation aus dem formfreien mutuum direct in eine civile verwandelt worden war. Einen hieher gehörigen Fall bei Plautus werde ich in einem anderen Zusammenhange unten zu besprechen haben.

Mit dem hier besprochenen Berichte des Valerius Maximus über den Process der Otacilia gegen Visellius Varro stimmt vollkommen überein, was Cicero pro Roscio Comoedo c. IV §. 10 und 14 angibt. Auch im Processe des C. Fannius gegen Q. Roscius Comoedus handelte es sich um eine pecunia expensa lata, nur mit dem Unterschiede, dass Cicero hier die Existenz der Expensilatio bestritt. Die erste der angegebenen Stellen lautet:

Pecunia tibi debebatur certa, quae nunc petitur per judicem in qua (scil. pecunia debita) legitimae partis sponsio facta est.

Weil es hier nicht heisst: sponsio legitimae partis pecuniae debitae facta est, sondern in debita pecunia sponsio legitimae partis facta est, so muss auch hier die Sponsio direct auf Zahlung der angeblich geschuldeten Geldsumme gerichtet gewesen sein. Diese Auslegung dieser Stelle erhält nun ihre volle Bestätigung durch den Wortlaut der zweiten Stelle:

Pecunia petita est: cum tertia parte sponsio facta est (scil. pecuniae debitae).

Es war also auch diese Sponsio so gefasst:

Fannius: Si te mihi HS triginta semptem milia quingentos dare oportet, spondesne ob eam rem mihi eam pecuniam cum tertia ejus parte dare?

Roscius: Spondeo.

Auf Grund dieser Sponsio wurde das von Cicero theilweise angegebene „judicium“ concipirt:

C. Piso judex esto. Si paret Q. Roscium C. Fannio HS quinquaginta milia dare oportere, judex, Q. Roscium C. Fannio HS quinquaginta milia condemnato, s. n. p. a.

Es ist also kein Zweifel, dass vor den leges Juliae die präju-

*) Cic. pro Roscio Comoed. V. § 14: Hic ego si finem faciam dicendi — satis formulae et sponsioni, satis etiam judici fecisse videar, —.

dicielle Function der Sponsio auch für das Gebiet der Obligationen zu dem Zwecke in Anwendung kam, um nicht—civile, persönliche Klagen in civile zu verwandeln, nicht—civilen Exceptionen aber, wenn auch nicht eine civile Natur, so doch wenigstens eine civile Wirksamkeit gegen civile Ansprüche zu verschaffen.

Auch für die Geltendmachung des prätorischen Erbrechts in der Form der legis actio per sponsionem et sacramentum sind aus der Zeit der Republik Zeugnisse erhalten; ich meine zunächst die viel besprochene, aber meines Erachtens noch nicht erklärte Stelle bei Cicero in Verrem II lib. I c. 45 §. 115, welche ich unten eingehend zu erörtern haben werde:

Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non exstaret, lege ageret in hereditatem, aut pro praede litis et vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret, ita de hereditate certaret.

Es ist kein Zweifel, dass hier unter dem Ausdruck lege in hereditatem agere die civile Erbschaftsklage, die legis actio in rem per sacramentum zu verstehen ist[13]), folglich kann unter der zweiten hier brauchbaren Erbschaftsklage nur die legis actio in rem per sponsionem et sacramentum (Gaius IV 95) verstanden werden. Weil aber das Eine römische Testament entweder civilrechtlich, oder prätorisch wirksam war und Cicero sagt, der Testamentserbe habe entweder die legis actio in rem per sacramentum, oder die legis actio in rem per sponsionem et sacramentum anzustellen, so folgt daraus, dass das civile Erbrecht aus einem civilen Testamente mit der legis actio in rem per sacramentum, das prätorische Erbrecht aus einem prätorisch wirksamen Testamente mit der legis actio in rem per sponsionem et sacramentum zu verfolgen war. — — Die zweite hieher gehörige Stelle über prätorisches Erbrecht bei Cicero in Verrem II, lib. I c. 45 §. 116 ist darum wichtig, weil sie darthut, dass das Edict des Prätor urbanus über Erbrechtsstreitigkeiten, auch Bestimmungen enthielt gegen den Beklagten, welcher die Annahme der provocatio sponsione ad judicium verweigerte:

„Ex edicto urbano". Si de hereditate ambigetur. — —. Si possessor sponsionem non faciet". Jam quid ad praetorem, uter possessor sit? Nonne id quaeri oportet, utrum possessorem esse oporteat? Ergo quia possessor est, non moves possessione; si possessor non esset, non dares.

Wie oben aus den Bestimmungen der lex Rubria nachgewiesen wurde, wurde der Beklagte, welcher die Annahme der provacatio sponsione verweigerte, als confessus behandelt, und gegen ihn die

13) Vgl. Cicero de orat. I, c. 38, §. 175.

Execution eingeleitet. Cicero tadelt also den Verres, weil er in seinem Edicte statt „is, qui ex edicto possidebit", den Ausdruck „possessor" gewählt hatte [13a]).

Es gibt aber auch eine Stelle, welche sogar noch das ganze Anwendungsgebiet, welches die sponsio praejudicialis vor den leges Juliae hatte, angibt; welche aber bisher darum keine befriedigende Erklärung fand, weil sie sich von dem Standpunkte der bisherigen Anschauung über die sponsio praejudicialis gar nicht erklären lässt. Es ist dies die Stelle bei Gaius IV. 1, welche lautet:

Et si quaeratur, quod genera actionum sint, verius esse videtur duo esse, in rem et in personam: nam qui IV esse dixerunt **ex sponsionum generibus**, non animadverterunt, quasdam species actionum inter genera se retulisse.

Huschke [14]) und ihm folgend auch Böcking [15]) bemerken zu dieser Stelle des Gaius über die darin erwähnten vier genera actionum: 1) actio personalis, 2) petitoria formula, 3) in rem actio per sponsionem, cujus summa per formulam et 4) per sponsionem, cujus summa sacramenti actione petitur.

Wie nun Gaius sagt, war einst die Ansicht vertreten (dixerunt), dass es, den vier genera sponsionum entsprechend (ex), vier genera actionum gebe. Die Vertreter dieser Ansicht nahmen die actio, nicht wie Gaius im materiellen Sinne des Klagrechts, sondern sachgemäss im formellen Sinne der formula und behaupteten, dass es, entsprechend den genera sponsionum, vier genera formularum gebe. Damit aber werden die genera sponsionum zum Eintheilungsgrund der formulae gemacht. Nun aber enthält die von Gaius in IV, 93 angegebene actio in rem per sponsionem et formulam genau dieselbe Sponsio als die von ihm in IV. 95 erwähnte legis actio in rem per sponsionem et sacramentum, es werden damit also nicht zwei genera sponsionum und folglich auch nicht zwei genera actionum gewonnen. Die „personalis actio und formula petitoria" enthalten aber überhaupt keine Sponsio, und können somit noch weniger als zwei ex sponsionum generibus bestimmte genera actionum aufgestellt werden. Soll also diese Stelle des Gaius hinsichtlich der darin erwähnten vier genera actionum erklärt werden, so müssen vorerst wirklich vier genera sponsionum, und diesen entsprechend vier genera formularum dargelegt werden. Das aber leistet die von Huschke versuchte Erklärung nicht, und ich

13 a) Z. vgl. jetzt auch Bekker Actionen, I, S. 267. Glück-Leist, I. S. 54, 91.
14) Jurisprud. antejust. edit. 2. 15) Gaius, edit. 5.

zweifle sogar, dass vom Standpunkt der bisherigen Lehre ein anderer Erklärungsversuch mehr befriedigen könnte.

Es ist nun vorerst auffallend, dass hier Gaius gar nicht merkt, dass seine vermeintlichen Gegner andre Gegenstände der Eintheilung und somit auch einen andren Eintheilungsgrund haben, ja, dass seine Gegner sogar logischer verfahren. Wer nämlich, wie Gaius, die formellen Actionen oder die formulae einzutheilen hat, der hat die actio doch wohl nicht im materiellen Sinne des Klagrechts, sondern nur im formellen Sinne der formula aufzufassen. Dann aber gibt es nicht, wie Gaius behauptet, zwei, sondern vier genera actionum, wie denn Gaius selbst für die actio in personam als solche und die actio in rem als solche keine formula angibt, sondern selbst nur actiones in personam stricti und aequi juris, Statusklagen und dingliche Klagen kennt, wodurch aber genau jene vier genera actionum zum Vorschein kommen, welche er verwirft. Dabei ist noch hervorzuheben, dass Gaius die vier genera sponsionum nicht bestreitet, sondern nur die ihnen entlehnte Eintheilung der Actiones verwirft. Es lässt sich daher mit Sicherheit annehmen, dass es einst vier genera sponsionum gab, welche genau den vier genera actionum vel formularum entsprachen, also sponsiones: 1) für actiones in personam stricti juris, 2) für actiones in personam aequi juris, 3) für Statusklagen, 4) für dingliche Klagen. Es ist aber kein Zweifel, dass hiermit diese Sponsionen als nothwendige Organe für die ihnen entsprechenden formulae, oder als Grundlagen der ihnen unmittelbar sich anschliessenden judicia aufgefasst werden. Damit aber wird deutlich die praejudicielle Function der Sponsio gekennzeichnet und zugleich das ganze Anwendungsgebiet angegeben, welches sie vor den leges Juliae hatte. Wenn nun die Frage entsteht, wie Gaius eine Ansicht erwähnen konnte, die ihre Berechtigung nur vor den leges Juliae hatte, und welche Juristen dieselbe vertraten, so sind auch hierüber genügende Aufschlüsse vorhanden.

Die leges Juliae des Augustus hatten die formula des Prätor urbanus als Grundlage der neuen judicia legitima erklärt (vgl. oben S. 121), weil aber ein judicium legitimum eine formula legitima zur Grundlage hatte, so mussten die leges Juliae der formula des Prätor urbanus auch eine gesetzliche Natur gegeben haben. In Folge davon mussten auch die bis dahin vom Prätor urbanus gewährten Klagrechte in gesetzliche verwandelt worden sein. Nun aber berichtet Gellius XIII, 12 über Antistius Labeo: Sed agitabat hominem libertas quaedam nimia atque vecors, usque adeo, ut D. Augusto jam principe et rempublicam obtinente ratum tamen nihil haberet, nisi quod justum sanctumque esse in Romanis

antiquitatibus legisset. Labeo musste also die Verfassungsmässigkeit der leges Juliae bestritten und somit die formulae und die Klagrechte des Prätor urbanus noch immer nur als ein obrigkeitliches Recht betrachtet haben. Er musste also für die Klagrechte des Prätor urbanus noch immer die alten vier genera sponsionum gefordert haben, wenn von einem wirklichen judicium legitimum die Rede sein sollte. Labeo forderte also jene sponsio praejudicialis, welche zur Geltendmachung des praetorischen Eigenthums und Erbrechts vor den Centumvirn auch nach den leges Juliae beibehalten worden war, auch für das Gebiet jener persönlichen Klagrechte, welche ihre Anerkennung nur vom Prätor urbanus erlangt hatten. Unter den Juristen, welche entsprechend den genera sponsionum vier genera actionum annahmen, ist also die Schule des Labeo zu verstehen, deren idealer Republicanismus aber zu Gaius Zeiten von der monarchischen Schule des Ateius Capito schon lange überwunden war. Die gewonnenen Ergebnisse setzen mich in die Lage, zunächst auch meine Folgerungen aus den Bestimmungen der lex Rubria zu ergänzen.

Die lex Rubria spricht an allen Stellen nur vom Beklagten: wenn dieser die Eingehung der Sponsio verweigert, soll ihn, wie jeden confessus, die Execution treffen. Allein als Organ der judicia legitima in Rom wirkte die Sponsio nicht bloss gegen, sondern auch für den Beklagten, wie dies die oben besprochenen Fälle beweisen, in welchen der Beklagte eine Exceptio impetrirt hatte. Wenn aber der Beklagte die actio, welche der Kläger vom Prätor impetrirt hatte, bei sonstiger Execution acceptiren musste, so musste auch der Kläger gezwungen werden können, die Exceptio sich gefallen zu lassen, welche der Prätor dem Beklagten gegeben hatte. Hatte also der Prätor eine im Edicte proponirte Exceptio dem Beklagten gewährt, der Kläger aber geltend gemacht, dass diese edictale Exceptio seinen civilen oder gesetzlichen Anspruch nicht unwirksam machen könne, oder hatte er sich geweigert, zur provocatio sponsione zu greifen, und dem Beklagten die Vertheidigung durch die vom Prätor gewährte Exceptio zur ermöglichen, so war der Prätor in die Lage gesetzt, zur Durchführung der processualischen Gerechtigkeit den Widerstand des Klägers durch Versagung der civilen actio zu brechen. Die Sponsio als gesetzliches Processorgan gab also dem Prätor das Mittel an die Hand, die judicia legitima in Rom aufrecht zu erhalten, indem mit ihrer Hilfe nicht-civile persönliche Klagrechte in jure direct in civile verwandelt und dann durch die alten pontificischen legis actiones geltend gemacht werden konnten, für die nicht-civilen absoluten Rechte aber neue judicia legitima

zu schaffen, durch welche diese Rechte sich zwar nicht in civile verwandeln liessen, aber doch in Folge ihrer Einkleidung in die Sponsio in einem judicium legitimum zur Untersuchung und Entscheidung gebracht werden, und dann durch Vollendung der Usucapion civile Natur erhalten konnten. Gerade diese Unmöglichkeit, durch die Sponsio nicht-civile absolute Rechte in civile zu verwandeln, begründete jenen Dualismus im römischen Eigenthum und Erbrecht, welcher uns so fremdartig entgegentritt. Die Sponsio diente also dazu, allen im Edicte proponirten Actionen und Exceptionen civilrechtliche Wirksamkeit, also insbesondere den Exceptionen peremtorische Kraft zu geben. Diese Function hatte sie sowohl im Processe des Grundgesetzes als des Edictes die ganze Zeit der Republik hindurch. Die Sponsio erweist sich also in der Hand des Prätors als jenes gesetzliche Processorgan, durch welches er nicht bloss den Process des Grundgesetzes den Bedürfnissen der Zeit gemäss reformiren, und den eigentlichen Interdictsprocess begründen, sondern auch eine völlig freie Entwicklung des materiellen Privatrechts des Grundgesetzes anbahnen konnte, weil das prätorische Recht durch die Proposition der Actionen und Exceptionen im Edicte des Prätors vorerst zwar nur eine provisorische Existenz erreichte, mit Hilfe der Sponsio aber auch in der Form der legis actio geltend gemacht wurde und dadurch die Wirksamkeit des Civilrechts erlangte.

Die Sponsio steht also als gesetzliches Organ der judicia legitima in Rom mit der Begründung des prätorischen Rechtes in einem untrennbaren Zusammenhange.

Zum Schlusse hätte ich nun noch die bisherigen Ansichten über die Functionen der Sponsio zu berücksichtigen[16]), allein weil bisher die Sponsio nicht als das Organ zur Geltendmachung des prätorischen Rechtes in judiciis legitimis dargestellt wurde, und das, was über sie gelehrt wird, theils der früheren, theils der späteren Periode angehört, so glaube ich mich der Pflicht der Berücksichtigung der bisherigen Ansichten um so mehr als enthoben betrachten zu dürfen, als meine Ausführungen selbst sich mehr als Ergänzungen der bisherigen Lehre darstellen.

Bestimmung des Gesetzes, durch welches die Sponsio für die die judicia legitima enthaltende Reform und für

16) Keller, Semestria, namentlich pag. 368, Civilpr. S. 96—109; Rudorff RG. II. S. 133—135; Bethmann-Hollweg Civilpr. II S. 233—238; Kuntze Cursus §§ 92, 647, 649, 651, Excurse S. 135, 474 fg.; Bekker, Aktionen I S. 246—271. Sell, De exceptionum usu etc., p. 31—40 u. A.

die conservative Verwerthung der durch die lex Aebutia dem Prätor urbanus verliehenen Gewalten als gesetzliches Processorgan erklärt wurde.

§. 37. Es fällt mir nun die Aufgabe zu, das Gesetz zu bestimmen, welches die durch die lex Aebutia angebahnte Reform vermittelt hatte. Zu diesem Zwecke habe ich zunächst die Spuren der praejudiciellen Function der Sponsio von der Zeit Cicero's bis in die ältesten Zeiten nachzuweisen, aus welchen uns darüber Nachrichten erhalten sind, zugleich aber zu zeigen, dass die Function der Sponsio zur Geltendmachung des prätorischen Rechtes auch der Masse des Volkes, ihr Zusammenhang mit der Begründung des prätorischen Rechtes jedem gebildeten Römer bekannt war. Wenn ich aber dabei eine grössere Zahl von Stellen in Erörterung ziehen werde, als es dem Leser zu diesem Zwecke nöthig erscheinen dürfte, so glaube ich bemerken zu müssen, dass mir dieses Verfahren auch darum geboten ist, weil ich unten die hier zur Sprache gebrachten Fälle noch anderweitig zu verwerthen haben.

Es mögen zuerst jene Conflicte des prätorischen Erbrechts mit dem civilen zur Sprache kommen, welche Valerius Maximus wohl nur darum berichten konnte, weil sie als wichtige Präjudicien zu den berühmten Civilprocessen gehörten und darum aufgezeichnet wurden.

Valerius Maximus lib. VII c. 7 §. 2: M. Annei Carseolani — equitis Romani filius, a Sufenate avunculo suo adoptatus testamentum naturalis patris, quo praeteritus erat, apud centumviros rescidit, cum in eo Tullianus, Pompeii Magni familiaris, ipso quidem Pompeio signatore, heres scriptus esset.

Durch die Adoption war der Kläger aus der Familie seines leiblichen Vaters ausgetreten, war also kein civiler, sondern nur ein prätorischer Notherbe seines leiblichen Vaters. Ihm stand also nicht die civile Erbschaftsklage oder die legis actio in rem per sacramentum, sondern nur die legis actio in rem per sponsionem et sacramentum zur Verfolgung seines prätorischen Erbrechts zu, während sein Gegner Tullianus sein civiles Erbrecht sowohl in der Form der hereditatis vindicatio als der legis actio in rem per sponsionem et sacramentum vertheidigen konnte. Hatte nun der Kläger vom Prätor die prätorische Erbschaftsklage impetrirt und zur Geltendmachung derselben zur provocatio sponsione, also zur legis actio in rem per sponsionem et sacramentum gegriffen, so war der Beklagte bei Vermeidung der Execution angewiesen, sein civiles Erbrecht, also hier die Giltigkeit des civilen Testamentes, ebenfalls in der Form der legis actio in rem per sponsionem et sacramentum zu vertheidigen.

Valerius Maximus lib. VII c. 7 §. 5: Egregia Gaii quoque Calpurnii Pisonis praetoris urbani (Consul 687 a. u.) constitutio. Cum enim ad eum Terentius ex octo filiis, quos in adolescentiam perduxerat, ab uno in adoptionem dato exheredatum se querelam detulisset, bonorum adolescentis possessionem ei dedit, heredesque lege agere passus non est.

Terentius hatte als cognatischer Vater die „bonorum possessio adolescentis", somit ein prätorisches Intestat-Erbrecht erlangt[1]. Gegen ihn traten die civilen Testamentserben mit der hereditatis vindicatio auf. Da nun der Prätor den civilen Testamentserben die hereditatis vindicatio versagen musste, weil sie dem Beklagten die Vertheidigung seines prätorischen Erbrechts unmöglich und damit auch das prätorische Erbrecht selbst illusorisch gemacht hätte, so waren die Kläger in Folge der Versagung der hereditatis vindicatio an die legis actio in rem per sponsionem et sacramentum angewiesen. Weil aber diese legis actio hier dem Beklagten die exceptio des in diesem Falle ganz zweifellosen prätorischen Erbrechts gab, den Klägern also mit dieser legis actio nichts gedient war, so hatten diese mit der hereditatis vindicatio zugleich das einzige Mittel verloren, die Erbschaft zu erlangen, wesshalb Valerius Maximus wohl sagen konnte: heredes lege agere passus non est. Diese beiden von Valerius erzählten Fälle haben also die praejudicielle Function der Sponsio zur Voraussetzung, wie der von ihm mitgetheilte und schon oben besprochene Process der Otacilia gegen Visellius Varro.

Cicero de orat. I, cap. 39, §. 179: Quid, qua de re inter Marcellos et Claudios patricios centumviri judicarunt, cum Marcelli ab liberti filio stirpe, Claudii patricii ejusdem hominis hereditatem gente ad se redisse dicerent, nonne in ea causa fuit oratoribus de toto stirpis et gentilitatis jure dicendum?[1a])

Vom Standpunkt der herrschenden Lehre, welche für die Geltendmachung des prätorischen Erbrechts keine legis actio in rem kennt, lässt sich für die Claudii Marcelli meines Erachtens keine Klage nachweissen, durch welche ihr Erbrecht vor den Centumvirn geltend gemacht werden konnte. Es kann für sie weder eine civile Erbschaftsklage ex jure gentilitatis angenommen werden, weil der

---

1) Z. vgl. Bekker, Actionen I, S. 278 fg. Glück-Leist, I. S. 69—76.

1a) Die Literatur dieses Processes ist angegeben bei Moritz Voigt, De causa hereditatis inter Claudios patricios et Marcellos acta. 1853 pag. 1 et 5, wozu später noch die Bemerkungen Lange's, Römische Alterth. I. 195 und 198, und Adolph Schmidt's Pflichttheilsrecht des Patron's, 1868 S. 2 Anmerk. 3 gekommen sind.

Wortlaut dieser Stelle dem widerspricht, noch eine ex jure agnatorum patroni abgeleitete und vor den Centumvirn brauchbare civile Erbschaftsklage, weil ein civiles Intestaterbrecht nur dem Patron und seiner agnatischen Descendenz zustand[2]), wesshalb auch A. Schmidt für die stirps oder die familia patroni eine civile Klage nicht aus dem Gesetze, sondern nur aus der Billigkeit ableitet. Zur Geltendmachung des prätorischen Intestaterbrechts der Agnaten des Patron's vor den Centumvirn kennt aber die herrschende Lehre keine Klage.

Huschke[3]) betrachtet die plebeischen Claudii Marcelli als eine selbstständige, der patricischen gens Claudia gleichberechtigte gens, so dass in diesem Processe ein Conflict plebeischer und patricischer Gentilrechte vorhanden gewesen wäre. Allein abgesehen von der Unwahrscheinlichkeit einer Controverse, ob eine plebeische Familie, welche sich in einer patricischen gens entwickelt hatte und somit in ihren Anfängen gewiss nur passiv ihr angehörte, auch hinsichtlich des jus gentilitatis im Sinne des sogar das connubium verweigernden Grundgesetzes als eine der patricischen gens coordinirte und gleichberechtigte zu betrachten sei, scheint mir eine solche Erklärung auch der Wortlaut dieser Stelle auszuschliessen. Wenn nämlich Cicero sagt: cum Marcelli ab liberti filio stirpe, Claudii patricii ejusdem hominis hereditatem gente ad se redisse dicerent, und dann weiter fragt, non in ea causa fuit oratoribus (also beiden Anwälten) de toto stirpis et gentilitatis jure dicendum? so stellt er offenbar ebenso der stirps des Patrons die gens, wie dem jus stirpis das jus gentilitatis gegenüber, so dass auf jeder Seite sowohl das jus stirpis als das jus gentilitatis zur Sprache kommen musste, während nach Huschke's Auffassung nur das totum gentilitatis jus, nicht aber auch das totum jus stirpis zu erörtern gewesen wäre[4]).

In einem anderen Sinne hat diese Einwendung gegen Huschke schon Voigt (S. 14) erhoben. Allein wenn Voigt meint, die plebeischen Claudii Marcelli hätten die Worte der Lex: Cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto, nach dem Vorgange der Jurisprudenz in dem Sinne interpretirt, dass sie als quasi agnati zu betrachten seien, und dass ihnen als solchen Quasiagnaten des Patron's, die legis actio in rem per sacramentum zustand, so lässt sich vorerst auch gegen diese Erklärung einwenden, dass unter dieser Voraussetzung in diesem Processe es sich zunächst nur um die Auslegung des „agnati" gehandelt hatte, also nur das grundgesetz-

---

2) Kuntze, Cursus S. 709 und 710. 3) Studien d. Röm. R. S. 153.
4) Den Antheil am Gentilrecht der Patricier spricht den Plebejern jetzt auch Bruns ab, Holtzendorff, Encyclop. d. RW. S. 74.



liche jus agnatorum, nicht aber das jus stirpis und jus gentilitatis zu erörtern gewesen wäre, dann aber stehen dieser Auslegung auch die Angaben Ulpians und Gaius entgegen, von denen ersterer im frag. XXVII 1—5, wo er von der civilen Intestaterbfolge in den Nachlass eines libertus, und namentlich von dem civilen Intestaterbrecht „patroni, patronae, liberorumve patroni" spricht, kein civiles Intestaterbrecht der Agnaten des Patron's erwähnt, dafür aber im frag. XXVIII, 7 für dieselben das prätorische Intestaterbrecht anführt: „quarto familiae patroni", letzterer hingegen in III, 58 ausdrücklich bemerkt: Nam civis Romani liberti hereditas (im eigentlichen Sinne) ad extraneos heredes patroni nullo modo pertinet. Gerade weil die Agnaten des Patron's kein civiles Intestaterbrecht hatten, berief sie der Prätor nicht in der zweiten Klasse „unde legitimi" zur Intestaterbfolge in die bona des libertus, sondern erst in der vierten Klasse „Tum quem ex familia patroni" [5]). Ich muss also Unterholzner [6]) und Rudorff [7]) beistimmen, wenn sie den plebeischen Claudii Marcelli kein civiles, sondern nur ein prätorisches Intestaterbrecht zuerkennen. Hatten aber die pleb. Claudii Marcelli nur ein prätorisches Intestaterbrecht, so war für sie, mochten sie selbst die Klage erhoben haben oder nicht, die hereditatis vindicatio unbrauchbar, weil sie die in der actio duplex für beide Parteien enthaltene Behauptung des quiritischen Erbrechts nicht aussprechen konnten (Gaius IV. 36). Sollte also dieser Process, welcher einen Conflict des prätorischen und civilen Intestaterbrechts enthält, nach dem Zeugnisse Cicero's vor den Centumvirn ausgetragen werden, so musste er in die für beide Parteien brauchbare legis actio in rem per sponsionem et sacramentum eingekleidet werden. Weil aber Cicero die Marcelli zuerst nennt, und sie damit als Kläger andeutet, da ferner die Claudii patricii als heredes legitimi schon in der zweiten Klasse zur bonorum possessio berufen waren, so sind die letzteren als bonorum possessores zu betrachten. In der sponsio praejudicialis dieses Processes stand also dem prätorischen Intestaterbrecht der Marceller die Exceptio des civilen Intestaterbrechts der patricischen Claudier entgegen, wesshalb der Anwalt der Marceller nicht bloss den Anspruch seiner Clienten zu erweisen, sondern auch die Exceptio seiner Gegner zu entkräften, also wirklich, wie Cicero sagt, de toto stirpis et gentilitatis jure zu sprechen hatte. Ebenso aber musste auch der Anwalt der patricischen Claudier nicht nur die Existenz des klägerischen Anspruchs in diesem Falle, in welchem

5) Ulpian frg. XXVIII. 7 Collatio XVI. c. 9, §. 1 vgl. Kuntze, Cursus S. 710.
6) Ztsch. f. gesch. RW. V S. 115 fg.
7) Zu Puchta's Instit. §. 317 not. u, jetzt auch Edictum perpetuum p. 151.

es sich nur um den Nachlass eines filius liberti der Marceller handelte, zur Behauptung des Besitzes anfechten, sondern auch die Exceptio seiner Clienten beweissen, also ebenfalls de toto stirpis et gentilitatis jure sprechen. Weil aber der Prätor durch das Edict: „Tum quem ex familia patroni“ das jus civile nicht corrigirt, sondern nur supplirt und darum den patric. Claudiern die Exceptio gegeben hatte, so konnten die Marceller in diesem Processe nur dann siegen, wenn es ihrem Anwalt gelang, auch die Nicht-Existenz des civilen Intestaterbrechts der patricischen Claudier zu erweissen.[8])

Cicero de orat. I. c. 40 §. 181: Omitto jam plura exempla causarum amplissimarum, quae sunt innumerabilia: capitis nostri saepe potest accidere ut causae versentur in jure. Etenim si C. Mancinum nobilissimum atque optimum virum atque consularem cum eum propter invidiam Numantini foederis pater patratus ex S. C. Numantinis dedisset, eumque illi non recepissent posteaque Mancinus domum revenisset neque in senatum introire dubitasset, P. Rutilius M. F. tribunus plebis jussit educi, quod eum civem negaret esse; quia memoria sic esset proditum, quem pater suus aut populus vendidisset, aut pater patratus dedisset, ei nullum esse postliminium: §. (182) quam possumus reperire ex omnibus rebu civilibus causam contentionemque majorem, quam de ordine, de civitate, de libertate, de capite hominis consularis? — c. 56, §. 238: Nam quod maximas centumvirales causas in jure positas protulisti, quae tandem earum causa fuit, quae ab homine eloquenti juris perito non ornatissime potuerit dici? Quibus quidem in causis omnibus, sicut in ipsa M. Curii, quae abs de nuper dicta est, et in C. Hostilii Mancini controversia — — fuit inter peritissimos homines summa de jure dissensio.

Weil diese Stellen die Möglichkeit völlig auschliessen, dass die causa civitatis des Mancinus nur als ein Incidenzstreit durch ein „Praejudicium“ entschieden wurde, so darf auch die bekannte Stelle bei Cicero[9]) nicht dahin interpretirt werden, dass die status quaestio-

8) Nach Rudorff, Vormundschaftsrecht, I. S. 206, gehörte die Vormundschaft über Freigelassene aus der servitus oder dem mancipium den Manumissoren; diesen muss also auch das Intestaterbrecht zuerkannt werden; die patricischen Claudier hätten also ein civiles Erbrecht nur dann gehabt, wenn der Vater des Erblassers von einem activen Mitglied ihrer gens freigelassen worden wäre. Z. vgl. Rudorff, über den Begriff des Wortes „gentilicius“ a. a. O. I. S. 212, 213.

9) De orat. I, 38: jatare se in causis centumviralibus, in quibus — rerum innumerabilium jura versentur, cum omnino, quid suum, quid alienum, quare denique civis an peregrinus, servus an liber quispiam sit, ignoret, insignis estimpudentiae.

nes nur als Incidenzstreitigkeiten vor die Centumvirn gelangten [10]), wogegen schon Kuntze [11]) Einsprache erhoben hat. Es ist nun unbestritten, dass die causae centumvirales in der Zeit der Republik nur in der Form der legis actio entschieden werden konnten, und dass die Competenz der Centumvirn sich nur auf das Gebiet der absoluten Rechte bezog. Dies drängt aber zur Frage, durch welche legis actio die causa civitatis des Mancinus ausgetragen wurde. Die pontificische legis actio in rem per sacramentum war hier unanwendbar, weil ein vindicare in civitatem vel peregrinitatem undenkbar ist, mag man das vindicare in der ursprünglichen Bedeutung der pontif. legis actio in rem als das vim dicere oder vindictam imponere des eigentlichen Vindications-Actes auffassen, oder in seiner späteren Bedeutung nehmen, in welcher es nach dem Wegfall des eigentlichen Vindications-Actes nur mehr ein „intendere rem suam esse ex jure Quiritium" (Gaius II, 194) bezeichnete. Aus diesen Stellen ergibt sich also mit zwingender Folge, dass auch die Frage über den status des Mancinus in die sponsio praejudicialis der legis actio in rem per sponsionem et sacramentum eingekleidet und so entschieden worden war.

Die Schrift de oratore gab Cicero im Jahre 699 d. St. heraus [12]) allein mehr als ein Jahrhundert vordem schrieb Plautus seinen Rudens [13]), welcher schon deutliche Beziehungen auf jene prätorischen Exceptionen enthält, welche in der sponsio praejudicialis der legis actiones per sponsionem zuerst sichtbar hervortraten, während sich bei den pontif. legis actiones, wie ich unten zu zeigen haben werde, die Einwendungen hinter Vertheidigungsclauseln verbargen. Wenn nun Plautus diese sichtbar hervortretenden Exceptionen bereits dazu verwerthen konnte, um durch sie komische Wirkungen zu erzielen, so muss diese Art der Einwendungen als Volksrecht bereits allgemein bekannt und somit schon lange vor Plautus in Uebung gewesen sein. Die Stellen des Plautus, die ich meine, sind Rudens III, 4, v. 6 sqq. und V, 3, v. 13—26 (edit. Fleckeisen). Die erste lautet:

— — — Lab. Jus meum ereptum'st mihi:
Meas mihi ancillas invito me eripis. Trach. (Ergo dato).
De senatu Cyrenensi quemvis opulentum (arbitrum).
Si tuas esse oportet, nive eas esse oportet liberas",
Nive in carcerem compingi te aequom'st aetatemque ibi
Te usque habitare, donec totum carcerem contriveris.

10) So nach Bethmann-Hollweg, Civilpr. II S. 331 Note 16.
11) Excurse, S. 97. 12) Bernhardy, Röm. Litt. 4. Aufl. S. 759.
13) Um das Jahr 562 d. St. Teuffel, Röm. Litt. I. Hft. S. 118.

Nach Sell[14]) wurden die Recuperatoren aus der Zahl der Senatoren genommen, wesshalb er in dieser Stelle des Plautus eine Uebertragung römischer Verhältnisse auf das Ausland findet. Ob hier ferner unter quivis arbiter (die Ergänzung „judicem" erscheint mir passender) wirklich nur ein Einzelgeschworner zu denken, oder ob dieser generalisirende Ausdruck für den Plural gesetzt zu halten ist, dies erscheint mir darum von keiner Bedeutung, weil der Komiker den Trachalio mit den Rechtsformen auch sonst arg herumwerfen lässt[15]). Es hat nämlich schon Demelius[16]) angedeutet, dass das „oportere" von absoluten Ansprüchen in der Formel gebraucht eine Ungereimtheit ist[17]), wie auch die Beschaffenheit der dem Leno opponirten Exceptionen deutlich sagt, dass der Dichter damit nur komische Wirkungen hervorbringen, nicht aber an Trachalio einen rechtskundigen Sclaven darstellen will. Von meinem Standpunkte kann ich in den Worten des Trachalio nur die komische Conception einer sponsio praejudicialis erblicken und muss diese Stelle so übersetzen: Gib also jeden beliebigen reichen Senator von Cyrene zum Geschwornen über die Fragen, ob die Verbindlichkeit besteht, dass die Mädchen Dir gehören und ob nicht die Verbindlichkeit besteht, dass sie frei sind; ob es nicht die Billigkeit erfordert, dass man Dich sogleich in einem Kerker festsetzt und Du dort Dein Leben auf so lange aufschlägst, bis du den ganzen Kerker weggesessen hast. Jeder Rechtskundige erkennt, dass dem Leno hiermit ein sehr drastisches Sponsions-Exemplar proponirt wird, welches auf die Römer, welche für juristischen Unsinn ein sehr feines Gehör besassen, nicht ohne komische Wirkung geblieben sein wird. In dieser sponsio praejudicialis ist Alles verkehrt: der Leno, welcher Beklagter sein sollte, ist zum Kläger gemacht, und ihm der erste Beweis aufgebürdet; die ihm zugedachte actio ist, so zu sagen, absolut und relativ zugleich, und auch sonst möglichst traurig formulirt. Ausserdem werden ihm drei Exceptionen nach einander, darunter zwei von ganz drastischer Art opponirt und dadurch die komische Natur derselben deutlich dargelegt[18]). Ich glaube also aus dieser Stelle des Plautus nur so viel mit Sicherheit folgern zu dürfen, dass die in der sponsio praejudicialis sichtbar hervortretenden

14) Recuperatio S. 166.

15) Vgl. jedoch Rudorff, RG. II S. 35 Note 2.

16) Münch. Krit. Vierteljahrschr. VIII. Bd. 1866. S. 501.

17) „oportet" ist der technische Ausdruck für die necessitas alicuius solvendae rei, welche das juris vinculum erzeugt. Scheurl, Beiträge S. 132.

18) Auf die Fassung der sponsio praejudicialis der legis actio in rem per sponsionem et sacramentum zur Austragung einer causa liberalis werde ich unten zurückkommen.

prätorischen Exceptionen schon zur Zeit des Plautus eine so bekannte Sache waren, dass er sich derselben sogar schon zur Hervorbringung komischer Effecte bedienen durfte. Dass aber diese Exceptionen in dieser Zeit nur in der sponsio praejudicialis der legis actio, und nicht der formula, enthalten sein konnten, das folgt aus der sicher bezeugten Thatsache, dass das jus Aelianum um das Jahr 550 als geltendes Recht publicirt wurde, also in der Zeit, in welcher Plautus schrieb, noch gewiss geltendes Recht war.

Die zweite Stelle, Rudens V. 3, 13—26 lautet:

Gripus. Heus tu, jam habes vidulum?
Labrax. Habeo. Gr. Propera. Lab. quid properabo? Gr. Reddes argentum mihi.
Lab. Neque edepol tibi do, neque quidquam debeo. Gr. quae haec factio'st?
Non debes? Lab. Non hercle vero. Gr. Non tu juratus mihi's?
Lab. Juratus sum, et nunc jurabo, si quid voluptati'st mihi:
Jus jurandum rei servandae non perdundae conditum'st.
Gr. Cedo sis mihi talentum magnum argenti, perjurissime.
Daemones. Gripe, quod tu istum talentum poscis? Gr. Juratu'st mihi dare. Lab. Lubet jurare. Tun' meo pontifex perjurio's?
Daem. Qua pro re argentum promisit hic tibi? Gr. Si vidulum
Hunc redigissuem in potestatem ejus, juratu'st dare
Mihi talentum magnum argenti. Lab. Cedo, quicum habeam judicem,
Ni dolo malo instipulatus sis, nive etiam dum (hau) siem
Quinque et viginti annos natus.

Die Ansichten über diese schwierige Stelle weichen nicht unbedeutend von einander ab[19]), weil die Interpretation derselben mit der lex Plaetoria zusammenhängt, über dieses Gesetz aber die Meinungen ebenfalls getheilt sind[20]). Die Stelle der lex Julia municip. über die lex Plaetoria lautet (c. VIII. lin. 34—40): Quae municipia, coloniae — — civium Romanorum sunt, erunt, ne quis in eorum quo municipio, colonia — in senatu decurionibus conscriptisque esto, neve cui ibi in eo ordine sententiam dicere ferre liceto: qui furti, quod ipse fecit, fecerit, condemnatus pactusve est, erit

19) Ihering, Geist III, 1 S. 117, 1. Aufl.; Rudorff, Ztsch. f. RG. IV S. 50, 51; Demelius, Münch. Krit. Vierteljahrschr. VIII S. 500. Sell, De usu except. etc., p. 33 sq.

20) Z. vgl. Mommsen, Corpus inscript. Lat. Vol. I pag. 125 V. 112; Ihering, Geist III, 1 S. 114 mit Rudorff a. a. O.

quive lege Plaetoria, ob eamverem, quod adver-
'egem fecit, fecerit, condemnatus est, erit.

'nächst zu beachten, dass es nach dem Wortlaut dieser
Fälle der Comdemnation ex lege Plaetoria gab,
r eine durch die Worte: lege Plaetoria condemnatus,
den Worten: ob eamve rem, quod adversus eam
.ecerit, condemnatus, bezeichnet wird, weil sonst das
andere genügt hätte, und das ve nicht hätte angewendet
.en können.

Unter dem ersten Fall versteht Mommsen unter Berufung auf Cicero de natur. deor. III, 30, 74 die Condemnation in dem judicium publicum rei privatae ex lege Plaetoria, unter dem zweiten die Condemnation in dem judicium privatum, wenn der Beklagte die Exceptio legis Plaetoriae (Dig. 44, 1. 7. 1) vom Prätor impetrirt und vor den Geschwornen diese erwiesen hatte, wogegen aber Rudorff bemerkt, dass eine Exceptio niemals zu einer Verurtheilung führen könne, sondern im Gegentheil, wenn sie begründet sei, die Absolution zur Folge haben müsse. Es sei vielmehr das judicium aus der Praejudicial-Stipulation gemeint, welche Plautus in unserer Stelle erwähne, und in die directe Rede übersetzt so gelautet habe: Si dolo malo instipulatus es, sive etiamdum hau sum quinque et viginti annos natus, sestertios viginti quinque nummos dare spondes? Bewies der Kläger die Uebervortheilung in der Minderjährigkeit, so wurde der Beklagte zwar nur in die sehr unbedeutende Sponsionssumme verurtheilt, allein nun sei es zugleich entschieden gewesen, dass derselbe gegen die lex Plaetoria verstossen habe. Daher sei jenem praejudicium das judicium publicum rei privatae auf eine Geldsumme gefolgt, vielleicht in den doppelten Werth des verübten Betrugs. Ihering[21]) hiegegen meint, dass unsere Stelle des Plautus von einem Schiedsrichter redet, der die Verbindlichkeit des von Leno geschworenen Eides untersuchen soll, der Vorbehalt des Leno sei aber als Exceptio aufzufassen.. Gegen Rudorff, Keller, Bethmann-Hollweg erklärt sich auch Demelius, und stimmt im Ganzen Ihering bei. Ich habe schon oben bei der Erörterung der ursprünglichen Bedeutung der Sponsio gegen Girtanner hervorgehoben, dass ausnahmsweise die Sponsio bez. Stipulatio, durch Hinzutritt des promissorischen Eides einzig zu dem Zwecke verstärkt wurde, um die Leistung auch durch die besonderen Strafen des Meineides zu sichern[22]). Dem Leno gegenüber erscheint hier eine solche Ver-

21) Geist, III 1. S. 117.

22) z. vgl. jetzt auch Kuntze, Cursus S. 510 fg.

stärkung (V, 2, v. 46—62) seiner durch Stipulation (V, 2, v. 44—47) begründeten Verpflichtung nicht überflüssig. Darum ist auch in der angeführten Stelle des Plautus zwar mehrmals von dem promissorischen Eide ein talentum magnum argenti zu geben die Rede, allein in dem Rechtsmittel, mit welchem er seinem Gläubiger droht, wird dennoch dieser Eid nicht erwähnt, sondern nur die dolose Stipulation (ni dolo malo instipulatus sis)[22a]). Wird also dieser Fall ernst genommen, so wird eine auf das dare talentum magnum argenti gerichtete Klage ex stipulatione gewonnen, welcher der Beklagte die Exceptio der Uebervortheilung während seiner Minderjährigkeit entgegen setzen zu wollen erklärt. Allein diese Exceptio ist nicht genau mit den Worten des Leno zu fassen, weil dieser damit nur einen s. g. indirecten Fragesatz ausspricht „ob Du nicht arglistig Dir hast stipuliren lassen, und ob ich nicht 25 Jahre noch nicht zurückgelegt habe“, dieser indirecte Fragesatz also erst für die Exceptio in einen negativen Bedingungssatz umgewandelt werden muss, wobei natürlich auch das sprachliche Personenverhältniss dieser Exceptio im Munde des Klägers sich gerade umkehren muss: „wenn ich nicht arglistig mir habe stipuliren lassen und Du 25 Jahre noch nicht zurückgelegt hast“. Mir liegt also in dieser Stelle des Plautus derselbe Fall vor, welchen ich oben bei der Darlegung des Processes der Otacilia gegen Visellius Varro besprochen habe, nämlich, dass eine civile Klage darum in die sponsio praejudicialis eingekleidet werden muss, um einer gegen sie opponirten prätorischen Exceptio civile Wirksamkeit zu verschaffen. Hinsichtlich der Exceptio muss ich mich also auf die Seite Iherings und Demelius, bezüglich der sponsio praejudicialis auf die Seite Rudorffs stellen, von ihnen aber darin abweichen, dass ich, wenn ich diesen Fall mir ernst nehme, eine legis actio in personam per sponsionem gewinne, die unten näher bestimmt werden wird.

In der Zeit, in welcher die lex Plaetoria gegeben wurde bald nach der lex Aebutia, da sie einerseits dieses Gesetz voraussetzt, andrerseits aber zu den ältesten Gesetzen gehört), hielt man noch sehr strenge an dem civilrechtlichen Grundsatze von der unbedingten Giltigkeit eines jeden in civiler Form abgeschlossenen Rechtsgeschäftes. Dennoch wollte die lex Plaetoria die Minderjährigen gegen Uebervortheilungen bei der Eingehung von civilen Rechtsgeschäften schützen. Sie gestattete also dem Minderjährigen zum Abschlusse eines Rechtsgeschäftes mit einem Dritten sich einen

22a) z. vgl. jetzt auch Bekker, Aktionen I. S. 263.

Curator zu erbitten, damit dieser Contrahent gegen die von diesem Gesetze sonst über ihn verhängten Nachtheile gesichert war, weil dies Gesetz sonst die Minderjährigen ganz creditlos gemacht hätte[23]. Hatte sich aber der Contrahent des Minderjährigen nicht auf diese Weise geschützt, so liess das Gesetz jenen civilrechtlichen Grundsatz zwar bestehen, allein es suchte dem Minderjährigen auf einem Umwege Schutz gegen Uebervortheilungen bei Rechtsgeschäften zu gewähren[24]), indem es dem civilen Rechtsgeschäfte in doppelter Weise die Wirksamkeit entzog.

Als eine lex imperfecta liess die lex Plaetoria die Rechtsgiltigkeit des von ihr verpönten Rechtsgeschäftes bestehen, stellte aber dem Prätor anheim, nach Befund der Sache die Exceptio ex lege Plaetoria zu geben, welche derselbe im Edicte nur causa cognita geben zu wollen erklärt hatte.

Wenn nun der übervortheilte Minderjährige in dem judicium, welches dem Uebervortheiler aus dem civilen Rechtsgeschäfte gegeben worden war, die exceptio legis Plaetoriae zu opponiren nicht wagte, sondern sich ohne exceptio verurtheilen liess, und in Folge des Urtheils zahlte, so konnte er hinterher bei veränderten Verhältnissen das Gezahlte und dessen alterum tantum als Interesse zurückfordern, oder, weil die actio ex lege Plaetoria eine actio popularis war — und hierin lag ihre eigentliche Bedeutung für den Minderjährigen — es konnte auch ein Dritter den Uebervortheiler des Minderjährigen auf das Duplum des Erhaltenen belangen. Hatte hiegegen der übervortheilte Minderjährige solche Rücksichten auf den Uebervortheiler nicht zu nehmen, oder hatte er den Muth gegen die civile Klage seines Gläubigers sogleich in jure die Exceptio ex lege Plaetoria[25]) vom Prätor zu postuliren, so nahm dieser eine causae cognitio vor und ertheilte dem Minderjährigen die postulirte Exceptio, wenn die Untersuchung des Falles wirklich eine Uebervortheilung desselben ergab. Setzte sich der Kläger gegen die Ertheilung der Exceptio zur Wehre, so versagte ihm der Prätor die civile Klage. Sobald also der Minderjährige in jure Miene machte, zur Exceptio zu greifen, blieb dem Kläger nichts andres übrig, als entweder die Klage fallen zu lassen, wenn er auf die Gerechtigkeit seines Anspruches kein besonderes Vertrauen zu setzen vermochte, oder zur provocatio sponsione zu greifen, und die edictale Exceptio in die sponsio praejud. einkleiden zu lassen. Kam es nun auf

23) Capitol. in Marco c. 10. Rudorff, Vormundschaftsrecht I. S. 93.

24) Ueber solche Umwege in der älteren Legislation z. s. Ihering, Geist II. s. S. 104 fg. — 25) Mommsen a. a. O.

Grund der sponsio zum judicium, und wurde der Kläger sachfällig, so war damit zugleich festgestellt, dass er gegen die lex Plaetoria gehandelt hatte (ob eamve rem, quod adversus eam legem fecit). Ein weiteres Urtheil war nicht nothwendig, und weil für Strafen die Erfüllungsfrist der Lex nicht galt, so konnte der Uebertreter der lex Plaetoria sofort zur Zahlung der Strafe, wohl nur des Simplum, verhalten und somit gegen ihn die Execution oder die condemnatio ausgesprochen werden[26]).

Wird nun dieses Ergebniss auf den Fall des Plautus angewendet, und der Rechtsstreit zwischen Gripus und Labrax ernst genommen, so gestaltet sich dieser so:

Der Leno Labrax hatte sich dem Gripus durch Stipulatio in der Form: dabisne? dabo, verpflichtet (V, 2, V. 44—47), ein talentum magnum argenti zu zahlen. Der Gläubiger drängt ihn zur Zahlung. Um diesem sein Ungestüm zu vertreiben, oder ihn gar zum Abstehen von der Klage zu bewegen, droht der Leno zur Exceptio ex lege Plaetoria zu greifen. Der Gläubiger hat nun die Wahl, entweder von der Klage abzustehen, oder ihn in jure auf Grund der sponsio praejud. zum judicium herauszufordern, die Exceptio seines Gegners in die Sponsio aufnehmen zu lassen, und die Gefahr der Zahlung des simplum und der Strafe der Infamie zu übernehmen. Wird nun in der Stelle des Plautus für die Exceptio der oben angegebene indirecte Fragesatz in einen negativen Bedingungssatz umgewandelt und das sprachliche Personenverhältniss desselben für den Kläger umgestellt so ergibt sich folgende Fassung der Sponsio praejudicialis:

Gripus: Si te mihi talentum magnum argenti ex stipulatione dare oportet (actio civilis), ni (= extra quam si) ego dolo malo instipulatus sum et tu etiamdum haud es viginti quinque annos natus (exceptio edictalis), spondesne ob eam rem mihi eam pecuniam — — dare?

Labrax: Spondeo.

An diese sponsio praejud. schloss sich unmittelbar an die entsprechende legis actio in personam; ob die legis actio per judicis postationem oder per sacramentum, oder per condictionem, wird sich unten von selbst beantworten. Ich habe schon oben bei der Darlegung des Processes der Otacilia gegen Visellius Varro hervorgehoben, dass die Sponsio in allen Fällen, in welchen eine vom Prätor gewährte persönliche Klage in eine civile zu verwandeln,

---

26) z. s. „der Anhang" über die Bedeutung der Condemnatio.

oder eine vom Prätor gegebene Exceptio gegen eine civile Klage wirksam zu machen war, nicht auf eine Geld-Scheinleistung, sondern auf die geschuldete Leistung selbst zu richten war. Ausdrücklich bestätigt wird die Einkleidung der Exceptionen und Duplicationen in die Sponsio ferner durch Plautus Menechmi IV, 2, v. 25—30 (ed. Ritschel):

Apud aedilem pro ejus (scil. cluentis) factis plurimisque pessumisque
Dixi causam: condiciones tetuli tortas, confragosas.
Plus minus, quam opus fuerat dicto, dixeram, ut eam sponsio
Controversiam finiret. Quid ille? Quid? praedem dedit.
Nec magis manifestum ego hominem unquam ullum teneri vidi:
Omnibus male factis testes tres aderant acerrumi.

Ich werde auf diese Stelle noch unten zurückkommen; hier genügt es zu bemerken, dass unter dem Plural condiciones die Exceptio und Duplicatio als negative Bedingungen zu verstehen sind (in der Form: si — ni, aut si — ni).

Die Einkleidung der prätorischen Exceptionen in die sponsio praejudicialis bei Plautus enthält aber zugleich den wichtigen Beweis, dass der innere Zusammenhang der sponsio praejud. mit dem prätorischen Rechte auch der grossen Masse des Volkes bekannt war, und dass die sponsio praejud als processualisches Organ zur Geltendmachung des prätorischen Rechtes von derselben bewusster Weise gehandhabt wurde. Der untrennbare Zusammenhang der sponsio praejud. mit der Begründung des prätorischen Rechtes muss also jedem Römer, der das praktische Recht seines Volkes kennen gelernt hatte, bekannt gewesen sein:

Cicero in Verrem II. lib. I. c. 45, §. 114–115: Postquam jus praetorium constitutum est, semper hoc jure usi sumus: Si tabulae testamenti non proferrentur, tum uti quemque potissimum heredem esse oporteret, si is intestatus mortuus esset, ita secundum eum possessio daretur — — Si habuisset iste edictum quod ante istum et postea omnes habuerunt, possessio Minuciae genti esset data: Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non exstaret, lege ageret in hereditatem, aut pro praede litis vindicarum cum satis accepisset, sponsionem faceret, ita de hereditate certaret. Hoc, opinor, jure et majores et nos semper usi sumus.

Ich werde diese Stelle noch unten eingehender erörtern; hier möge die Verweisung an die oben gegebene kurze Begründung meiner Auffassung dieser Stelle genügen (S. 192), dass das civile Erbrecht aus einem civilen Testamente mit der legis actio in rem

per sacramentum, das prätorische Erbrecht aus einem prätorisch wirksamen Testamente aber mit der legis actio in rem per sponsionem et sacramentum zu verfolgen war.

Wenn nun Cicero die sponsio praejud. der legis actio in rem per sponsionem et sacramentum mit der Begründung des prätorischen Rechtes in Verbindung bringt und bringen musste, so wird dadurch bestätigt, was ich bisher dargelegt habe, dass die sponsio praejudicialis das Organ zur Geltendmachung des prätorischen Rechtes in judiciis legitimis war und dass sie diese ihre wichtige processualische Function durch ein Gesetz erhalten hatte, welches die durch die lex Aebutia angebahnten Reformen im conservativen Sinne vermittelte. Weil nun die praejudicielle Function der Sponsio in die Zeit der lex Aebutia zurückreicht, so ist diese Function der Sponsio mit jenem Gesetze in Zusammenhang zu bringen, welches mit der Einführung sogar einer neuen legis actio in personam in Verbindung gebracht wird, und welchem die Processlehrer auch bisher die sponsio tertiae partis bei der actio certae creditae pecuniae zugeschrieben haben, Ihering aber[27]) auch die actio in rem per sponsionem zugesprochen hat: ich meine die lex Silia, deren hohes Alter nicht bezweifelt wird.

Inhalt, Character und Zeit der lex Silia.

§. 38. Ich habe hier wieder von der Zeit zu sprechen, in welcher die Legislation der Decemvirn mit Beachtung ihrer legislativen Politik fortzusetzen war. Diese Politik bestand aber darin, unter Zurückweisung jeder casuistischen Specialgesetzgebung möglichst wenige, aber möglichst fruchtbare Gesetze zu geben, ihre Entwicklung aber dem competenten Organ anzuvertrauen.

Es ist daher von vornherein wahrscheinlich, dass jenes Gesetz, welches die durch die lex Aebutia angebahnte Reform im conservativen Sinne zu vermitteln hatte, kein Specialgesetz im gewöhnlichen Sinne des Wortes, sondern ein so fruchtbares Gesetz war, wie dasjenige, welches die sponsio zum processualischen Organ der judicia legitima erhoben hatte, und welches so eben in der lex Silia wiedererkannt wurde. Mit diesem Ergebnisse nun steht die Nachricht des Gaius über die lex Silia nicht bloss in keinem Widerspruch, sondern sie erhält dadurch erst ihre nähere Erklärung, wie damit auch die Art aufgehellt wird, wie Gaius die Gesetze namhaft macht. Wenn nämlich Gaius in IV. 18 sagt: Haec autem legis actio (scil.

27) Geist II, 2, S. 390.

per condictionem) constituta est per legem Siliam et Calpurniam, lege quidem Silia certae creditae pecuniae, lege vero Calpurnia de omni certa re, wenn er dann bei Gelegenheit seiner Bemerkungen über die poenae temere litigantium in IV, 171 über dieselbe actio de certa pecunia credita hinzufügt: **ex quibusdam causis** sponsionem facere permittitur, velut de pecunia certa credita et pecunia **constituta**, sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis; wenn endlich Cicero (pro Roscio Comoed. c. IV §. 10 in Verbindung mit c. IV §. 14) diese pars tertia eine legitima nennt, so liegen damit Nachrichten vor, aus denen gefolgert werden kann, dass nach Gaius durch die lex Silia die legis actio per condictionem für die pecunia certa credita mit der sponsio tertiae ejus pecuniae partis direct eingeführt wurde, eine Folgerung, welche bisher auch wirklich gezogen wurde. Allein da Gaius die Gesetze nur in strengster Beziehung auf den Gegenstand erwähnt, welchen er eben zu besprechen hat, und jede rechtsgeschichtliche Bemerkung über den eigentlichen und vollen Inhalt des von ihm bezogenen Gesetzes unterlässt, so liegt hier über die lex Silia ein Bericht vor, welcher mit jenem über die lex Aebutia völlig gleichartig ist. Wie nämlich Gaius in IV, 30 sagt, die lex Aebutia habe die Legisactionen aufgehoben und das litigare per concepta verba vel per formulas eingeführt, so sagt er auch von der lex Silia, sie habe die legis actio per condictionem eingeführt, und — so muss man aus IV, 171 in Verbindung mit Cicero pro Roscio Comoedo c. IV und V folgern — für diese legis actio die sponsio tertiae partis festgesetzt. Nun aber ist der Bericht des Gaius über die lex Aebutia zwar richtig, aber darum nicht vollständig, weil der lex Aebutia nicht einmal die Aufhebung der Legisactionen und die Einführung der Actionen des Edictes direct zugeschrieben werden kann; es muss also auch verneint werden, dass die lex Silia die legis actio per condictionem und ihre sponsio tertiae partis direct eingeführt hatte. Wie nun der Bericht des Gaius über die lex Aebutia nur einen Theil der Wahrheit ausspricht, so enthält auch sein Bericht über die lex Silia nur einen Theil der Wahrheit. Die lex Silia hatte nämlich wirklich auch die legis actio per condictionem eingeführt, aber nicht direct, sondern indirect; sie hatte ferner auch die sponsio tertiae partis eingeführt, wie dies auch bisher gefolgert wurde, aber ebenfalls nicht direct, sondern indirect, und wie die lex Aebutia eine Bedeutung hatte, welche weit über die Aufhebung der Actionen des Grundgesetzes und die Einführung der Actionen des Edictes hinausgeht, so reicht auch die Bedeutung der lex Silia weit über die Einführung der legis actio per condictionem und Gestattung der sponsio

tertiae partis in Sachen der pecunia certa credita. Ich muss also den Bericht des Gaius um so mehr für eine Bestätigung meiner bisherigen Beweisführung ansehen, als Gaius selbst das, was zur lex Silia gehört, nämlich die Einführung der legis actio per condictionem und die sponsio tertiae partis, an zwei verschiedenen Stellen und zwar bei der Behandlung zweier ganz verschiedener Materien berührt und es nicht wahrscheinlich ist, dass ein Gesetz zwei so ganz verschiedene Gegenstände zu seinem unmittelbaren Inhalt hatte. Warum aber Gaius die lex Silia mit certa pecunia in Verbindung bringt, das wird unten bei der Darlegung der leg. act. per condictionem erklärt werden.

Dass die lex Silia die legis actio per condictionem direct eingeführt hatte, das kann ich auch desshalb nicht annehmen, weil nach den Ergebnissen meiner Untersuchungen die Grundlagen des Processes schon durch die Decemviralgesetzgebung festgestellt, und die Actionen des jus Flavianum nicht von den Decemvirn, sondern von jenem Organ componirt worden waren, welches damals die potestas legum interpretandarum hatte. Diese potestas war nun durch die lex Aebutia dem Prätor urbanus übertragen worden, folglich kann auch die Composition der neuen legis actio nicht dem Silius, sondern nur dem Prätor urbanus zugeschrieben werden. Ich gelange also hier zu einem Resultate, zu welchem theilweise schon Huschke gelangt sein muss, wenn er Gaius IV, 17 so restituirt: Condictio autem appellata jam est a lege Pinaria. Die lex Pinaria wird aber allgemein vor das Jahr 465, also vor die lex Aebutia und Silia gesetzt (z. vgl. jetzt auch Bekker, Actionen I. S. 100).

Einen weiteren Beleg für meine Auffassung, dass die lex Silia nicht unmittelbar die Einführung einer neuen legis actio zum Zwecke hatte, und dass Gaius an dieser Stelle die lex Silia nur wegen des späteren Special-Gesetzes des Calpurnius erwähnen musste, finde ich in dem Umstande dass es auch legis actiones in rem per sponsionem et sacramentum zur Entscheidung von Fragen über den Status eines Menschen (causa Mancini), über Eigenthum und Erbrecht gab, diese legis actiones also ebenfalls auf Specialgesetzen beruhen müssten, welche aber Gaius wohl nur darum nicht erwähnt, weil es keine solchen Specialgesetze gab. Beruhen nun diese legis actiones nicht auf besonderen Gesetzen, sondern auf demjenigen, welches der Sponsio die praejudicielle Function verlieh, so muss auch die legis actio per condictionem und ihre poena tertiae partis nur auf dem Gesetze beruhen, welches dem Prätor urbanus die Sponsio als ein auch zwangsweise in Anwendung zu bringendes Organ des Processes und der Reform an die Hand gab. Daraus

erklärt sich denn auch, warum Gaius auch die Gestattung der poena tertiae partis, die Einführung des eigentlichen Interdictsprocesses und die stipulationes praetoriae nicht auf besondere Gesetze zurückführt. Hatte hingegen die lex Silia nur die Sponsio zum allgemeinen Organ des Processes erhoben, welches der Prätor urbanus auch zwangsweise zur Geltung sollte bringen dürfen, so konnte derselbe nicht bloss allen im Edicte proponirten Actionen und Exceptionen civilrechtliche Wirksamkeit verschaffen und neue legis actiones einführen, sondern er konnte auch den eigentlichen Interdictsprocess begründen, rechtsbildende stipulationes proponiren, und bei der Entwerthung des Kupfer-As schon in dieser Zeit auch die Processstrafen reformiren. Wenn aber der Prätor urbanus mit Hilfe des neuen Processorgans neue poenae temere litigantium einführen konnte, so konnte er die Sponsio auch an die Stelle jenes promissorischen Eides setzen, durch welchen bisher im Sacramentsprocesse die Verpflichtung zur gesetzlichen poena temere litigantium übernommen wurde. Wenn aber die Parteien nicht mehr schworen, die poena temere litigantium zu sacriren, so musste auch das sacramentum in seiner subjectiven Bedeutung unanwendbar, und nur mehr in seiner objectiven Bedeutung als sacrirte Geldbusse brauchbar werden. Wird nun der Sacrationseid beseitigt, dann muss auch die Intervention der Pontifices in Sachen des Eides entfallen und das judicare sacramenta anderen Organen übertragen werden. Weil nun die Sponsio sich als ein sehr fruchtbares Organ der Reform erweist, so erscheint auch die lex Silia als jenes Gesetz, welches die durch die lex Aebutia dem Prätor urbanus verliehenen Gewalten für die judicia legitima erst fruchtbar und verwendbar gemacht hatte. Die lex Silia ist also in das Jahr der lex Aebutia zu setzen. Die legis actio per condictionem hat schon Rudorff (RG. II, S. 83) mit dem im Jahre 441 d. St. durch die lex Poetelia abgeschafften Nexum in Verbindung gebracht; zwischen der lex Poetelia und der lex Aebutia liegen 24 Jahre, ein Zeitraum, lang genug für den inzwischen sehr gesteigerten Verkehr, und hinreichend für die Annahme, dass die völlig neugebildete legis actio per condictionem als Ersatz für das dem Verkehr sehr vortheilhafte Nexum schon in dieser Zeit sehr dringend war.

Die lex Aebutia und Silia hatten also die grosse Bestimmung, für das Privatrecht die ganze Gesetzgebung der Decemvirn unter Beibehaltung ihrer legislativen Politik fortzuführen, und wenn sie für die Cultur des Rechtes diese Gesetzgebung an practischer und weltgeschichtlicher Bedeutung nicht sogar übertreffen, so müssen sie derselben doch wenigstens gleichgestellt werden.

Die kraftvollen Geschlechter des 4. und 5. Jahrhunderts, welche Rom zur politischen Grossmacht emporgehoben hatten, hatten also Rom auch zur Cultur-Grossmacht im Gebiete des Privatrechts gemacht, allein sowohl die Waffenthaten derselben, als die des Fabius Cunctator, der Scipionen, des Marius, ja Caesar's des Grossen hatte die Zeit bald in den Staub geworfen, die Cultur-Thaten der Decemvirn, des Aebutius und Silius haben schon zwei Jahrtausende überdauert.

VIII. Capitel.

Einleitung zur Darstellung der pontificischen Actionen des Grundgesetzes und der Reformen, welche der Prätor urbanus auf Grund der lex Aebutia und Silia vorzunehmen hatte.

Vorbemerkungen.

§. 39. Ich habe hier vorerst auf meine oben (S. 157 fg.) gemachten Bemerkungen Bezug zu nehmen, wornach der Prätor urbanus die durch die lex Aebutia erhaltene potestas juris civilis corrigendi, an den Klagformeln des Grundgesetzes nicht in Anwendung bringen konnte, ohne die judicia legitima zu zerstören, und dass eine Ausnahme hievon nur das Gebiet der Delictsklagen machte. Ohne die judicia legitima zu zerstören, konnte der Prätor die potestates juris civilis corrigendi und supplendi nur im Processerhebungs- und Executions-Verfahren verwerthen, weil dadurch die forma legitima agendi als Grundlage des judicium legitimum nicht berührt wurde. Allein weil die Reformen im Processerhebungs- und Executionsverfahren mit der Entwicklung des materiellen Rechtes in keinem Zusammenhange stehen und ihre Darlegung in die Processlehre gehört, so muss ich mich hier auf die Bemerkung beschränken, dass das ganze Processerhebungs- und Executionsverfahren in den schon oben angegebenen Richtungen edictale Grundlagen erhielt. Die Aufgabe, welche mir die Darstellung der Entwicklung des grundgesetzlichen Civilrechts durch die pontificischen und prätorischen Actionen des Grundgesetzes vorlegt, beschränkt sich also auf die Darlegung der pontificischen Actionen des Grundgesetzes und der Reformen, welche der Prätor urbanus auf Grund der lex Aebutia und Silia im Gebiete der judicia legitima vorzunehmen hatte. Ehe aber auf diese Reformen übergegangen werden kann, muss zuvor darum der hohe Werth der pontificischen Actionen des Grundgesetzes dargelegt werden, weil nur daraus die Gründe entnommen werden können, warum der Prätor urbanus alle Mittel aufbot, um diese Actionen zu erhalten, und warum

er zu ihrer Erhaltung jene Umwege betreten musste, welche unten darzulegen sein werden. Der Nachweis des hohen Werthes dieser Actionen würde eigentlich eine vollständige Darlegung derselben schon an dieser Stelle verlangen, allein weil auch eine solche Darlegung mir gewisse Vorbemerkungen und eine gewisse Uebersichtlichkeit des Actionensystems zu erfordern scheint, so möge es mir erlaubt sein, auch eine vorbereitende Uebersicht der pontificischen Actionen und ihrer Bestandtheile vorauszuschicken, die eingehende Begründung dieser Angaben aber der inneren Geschichte dieser Actionen vorzubehalten, welche sich an die Darlegung des hohen Werthes derselben unmittelbar anschliessen wird.

Uebersicht des Systems der processeinleitenden pontificischen Actionen des Grundgesetzes.

§. 40. Es hat schon Ihering[1]) darauf hingewiesen, dass, wenn Gaius in IV, 13 die legis actio per sacramentum als eine generelle Klage bezeichne, deren man sich überall bedient habe, wo nicht das Gegentheil bestimmt gewesen sei, diese allgemeine Anwendbarkeit nur auf die Form zu beziehen sei. Die Zahl der legis actiones sei vielmehr eine ebenso grosse gewesen, als die Zahl der Artikel der Gesetze, welche einen Rechtsanspruch gewährten. Jedem solchen Satze habe eine eigene legis actio entsprochen und zur vollständigen Bearbeitung des Gesetzes habe neben der Interpretation auch die Angabe der Klagformeln gehört. Wie seien Sammlungen, wie jene des jus Flavianum, möglich gewesen, wie hätte das Depot der pontif. Legisactionen bei dem Pontifical-Collegium sein können, wie hätten nach Cicero de orat. I, 43 diese Formeln interessante Einblicke in das Leben der Vorzeit gewähren können, endlich wie sei die von Gaius dem alten Verfahren zur Last gelegte hohe Gefährlichkeit möglich gewesen, wenn es bloss die von Gaius erwähnten 5 Legisactionen gab?[1a])

Es ist selbstverständlich, dass in der Zeit der Herrschaft des jus strictum das jus aequum nur eine sehr beschränkte Anerkennung gefunden hatte. Die actiones in rem waren als vindicationes noch keine arbitria, sondern insgesammt actiones stricti juris; die actiones in personam aber waren ihrer grossen Mehrzahl nach ebenfalls actiones stricti juris. Weil nun das die actiones in rem und in personam umfassende Gebiet der legis actio per sacramentum hinsichtlich der processeinleitenden Actionen mit dem Gebiete des

1) Geist II, 2. S. 618.

1a) Z. vgl. jetzt auch Bekker, Actionen I. S. 63, Note 4 und S. 18 Note 1.

jus strictum zusammenfiel, das der legis actio per judicis arbitrive postulationem angehörende Gebiet des jus aequum nur eine beschränkte Anerkennung hatte, die legis actiones per manus injectionem und pignoris capionem ohnehin besondere Arten des Verfahrens darstellten, und auch die legis actio per condictionem erst später auf Grund der lex Silia eingeführt wurde, so konnte Gaius wohl sagen, dass die legis actio per sacramentum in allen Fällen Platz griff, für welche kein anderes Verfahren bestimmt war; allein für Eintheilung der Klagformeln ist damit nichts gewonnen, einmal darum, weil es für das jus strictum als solches keine generelle Klagformel gab, dann aber auch desshalb, weil die legis actiones per manus injectionem, per pignoris capionem und per condictionem zum jus strictum keinen Gegensatz bildeten. Ebensowenig aber lässt sich daraus folgern, dass ein Fall auch ohne gesetzliche Anerkennung schon desshalb allein in das Gebiet der legis actio per sacramentum fiel, weil er nicht unter den anderen Arten des Verfahrens einbegriffen war, oder gar, dass die legis actio per sacramentum zu den übrigen legis actiones wie das ordentliche Verfahren zu ausserordentlichen Arten des Verfahrens sich verhielt.

Die Darstellung des Gaius (IV, 13), wornach die legis actio per sacramentum als die einzige actio generalis zu betrachten wäre, beruht darauf, dass er im Widerspruche mit der formellen Natur der von ihm darzulegenden formellen Actionen in IV. 1 zu Eintheilungsobjecten nicht die actiones im formellen Sinne der formulae, sondern im materiellen Sinne der Klagrechte wählt (s. oben S. 193 fg.). Wird nun bei der Eintheilung der Actionen von den Actionen im materiellen Sinne der Klagrechte ausgegangen, und zugleich für die formelle actio das ausserwesentliche Moment der poena temere litigantium zum Eintheilungsgrunde gemacht, dann gibt es allerdings, wie Gaius lehrt, nur zwei genera actionum, nämlich die actiones in personam und in rem und dann ist wirklich die legis actio per sacramentum die einzige actio generalis, weil dieselbe sowohl die actiones in personam als in rem umfasst. Im formellen Sinne aber wäre die legis actio per sacramentum nur dann eine actio generalis gewesen, wenn auch alle actiones in personam die poena temere litigantium zur Folge gehabt hätten, was jedoch nach Gaius eigenem Berichte in IV, 20 nicht der Fall war. Wird jedoch bei der Eintheilung der Actionen von der actio im formellen Sinne, also von der forma agendi ausgegangen[2]), und das pönale Element des Civilprocesses bei Seite

2) Weil Gaius in IV, 30 das agere per concepta verba und per formulas identificirt, in IV, 24 aber von der forma der von der lex Furia gewähr-

gelassen, dann gibt es auch für den pontificischen Process nicht zwei, sondern nach der Beschaffenheit des klägerischen Anspruchs im objectiven Sinne vier genera actionum vel formarum, somit auch vier actiones vel formae generales (vgl. oben S. 194). Wenn also Gaius in IV, 1 seine Eintheilung als die richtigere bezeichnet, und die vier genera der republ. Schule des Labeo verwirft (vgl. oben S. 194), so übersieht er, dass seine vermeintlichen Gegner bei ihrer Eintheilung andre Eintheilungsobjecte und somit auch einen andren Eintheilungsgrund hatten, ja dass dieser für die Darstellung der formellen Actionen darum der einzig richtige ist, weil es weder für die actio in personam als solche, noch für die actio in rem als solche eine besondere forma, beziehungsweise formula gibt. Wird also bei der Eintheilung der formellen Actionen, wie es nöthig ist, die actio im formellen Sinne genommen, dann gibt es auch für den pontificischen Process vier genera actionum vel formarum, oder vier actiones vel formae generales, welche dann wieder in Arten und Unterarten zerfallen.

Bei Klagen aus relativen Rechten kommen zunächst die actiones stricti und aequi juris, d. h. Klagen des formellen und materiellen Anspruchs in Betracht.

Die actiones in personam stricti juris waren solche formae, in welchen der Anspruch (jus) des Klägers von vornherein allseitig genau bestimmt, also bereits durch die forma formell gegeben, somit dem Geschwornen jeder Einfluss auf denselben entzogen war. Weil nun diese formae stets den ganzen Anspruch des Klägers enthielten, so konnte auch die Verneinung des Beklagten sich nur auf den ganzen Anspruch beziehen, und musste somit eine absolute und unbeschränkte sein. Solche Ansprüche entstanden entweder aus der Stipulatio, oder aus Delicten, weil die Bussen für letztere entweder vom Gesetze von vornherein bestimmt oder vom Kläger durch den Schätzungseid schon in der Verhandlung in jure fixirt worden waren. Hatte nun der Beklagte einen solchen Anspruch verneint, so hatte der Geschworne nur mehr die Existenz der Stipulatio oder des Delictes zu untersuchen, und darüber durch Urtheil zu entscheiden.

---

ten Klage spricht, der Ausdruck forma eine „bleibende Fassung" (vgl. Gellius XIII. 15, 1), die Bezeichnung „formula" hingegen eine „Fassung von Fall zu Fall" bedeutet, so glaube ich forma und formula im Sinne des Gaius unterscheiden und den ersteren Ausdruck nur von der formellen legis actio brauchen zu sollen. Auf die Bedeutung des Ausdrucks „verba concipere" werde ich unten bei der Darlegung der ursprünglichen Bedeutung der „nuncupatio" zurückkommen und zeigen, dass die „verborum conceptio" eine „Fassung von Fall zu Fall" bedeutet.

Die actiones in personam aequi juris waren hingegen solche formae, in welchen der Anspruch des Klägers noch einer nachfolgenden näheren Bestimmung durch den Geschwornen vorbehalten war.

Allein sowohl die actiones stricti als aequi juris zerfielen in actiones in jus und in factum compositae.

Die actiones in factum compositae waren solche formae, in welchen die materielle causa des Anspruchs dem Geschwornen zur Untersuchung und richterlichen Entscheidung vorgelegt war, die actiones in jus compositae hingegen waren in dieser Zeit noch solche, welche den Geschwornen von der Untersuchung und Entscheidung der materiellen causa des Anspruchs enthoben; die spätere prätorische Reform griff auch hier umgestaltend ein.

Weil nun die Stipulatio ihrer Natur nach jede ausser ihr gelegene materielle causa ausschloss, bei Delictsklagen aber das factum delicti die materielle causa des Anspruchs bildete, so gab es auch bei actiones in personam stricti juris sowohl actiones in jus als in factum compositae.

Hatte bei den actiones in personam aequi juris der Beklagte die materielle causa des klägerischen Anspruchs (z. B. fiducia, noxa, damnum injuria datum) nicht geläugnet, sondern nur den vom Kläger daraus erhobenen und nur nach seinem Ermessen bestimmten Anspruch zurückgewiesen, so hatte er damit den klägerischen Anspruch nicht absolut und unbeschränkt, sondern relativ und beschränkt verneint, wesshalb der Geschworne in diesem Falle nicht die materielle causa zu untersuchen und durch Urtheil zu entscheiden, sondern nur den Anspruch nach der in der forma agendi angegebenen materiellen causa (demonstratio) näher zu bestimmen hatte. Hatte hingegen der Beklagte bei den act. in pers. aequi juris die materielle causa (entweder das Vorhandensein des Vertrauensverhältnisses der tutela, der fiducia in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsobject, oder die noxa, oder das damnum injuria datum u. s. w.) und damit auch den ganzen Anspruch des Klägers geläugnet, also ihn absolut verneint, so musste in der forma agendi auch die materielle causa dem Geschwornen zur Untersuchung und richterlichen Entscheidung vorgelegt werden. Auch in dem späteren Processe waren jene actiones in pers. aequi juris, bei welchen die Verurtheilung die Infamie zur Folge hatte, nicht actiones in jus, sondern in factum conceptae, weil das factum, welches die Infamie zur Folge haben sollte, z. B. ein factum perfidiae in causa depositi, tutelae, fiduciae, societatis u. s. w., natürlich durch Urtheil als vorhanden zu constatiren, also auch früher in der formula dem Geschwornen zur Un-

tersuchung und Entscheidung vorzulegen war. Bei Klagen aus solchen Vertrauensverhältnissen, bei welchen der Kläger auf die fides seines Gegners angewiesen war, und zur Realisirung seines Anspruches kein anderes Rechtsmittel hatte, bildete nämlich die Läugnung des ganzen Anspruches darum ein factum perfidiae vel doli mali, weil diese Läugnung zugleich eine dolose Aneignung fremden Vermögens in sich schloss. Gerade weil das blosse Läugnen eines Rechtsgeschäftes ohne solche dolose, sonst nicht abzuwehrende Vorenthaltung fremden Vermögens noch kein factum perfidiae begründete, war das blosse Läugnen eines Rechtsgeschäftes wie der emtio venditio, locatio conductio u. s. w. noch kein factum perfidiae vel doli mali, und es brauchte darum stets nur der Anspruch, nicht aber auch seine materielle causa, dem Geschwornen zur Untersuchung vorgelegt, und durch sein Urtheil entschieden zu werden.

Die actiones in person. stricti und aequi juris bildeten also schon im pontif. Processe zwei genera actionum vel formarum, oder zwei actiones vel formae generales, welche wieder in actiones in jus und in factum compositae zerfielen.

Dass die Klagen aus absoluten Rechten, je nachdem der Anspruch auf einen homo oder eine res gerichtet war, wieder zwei genera actionum bildeten, welche wieder in Arten und Unterarten zerfielen, glaube ich hier nicht weiter ausführen zu müssen.

Die vier genera actionum vel formarum, oder die vier actiones generales, ihre Arten und Unterarten waren also folgende:

A) Die legis actio in personam per sacramentum als actio generalis aller actiones in personam stricti juris,
   - I) in jus compositae
   - II) in factum delicti compositae
     - 1) Delicte gegen die Person
     - 2) Delicte gegen das Vermögen.

B) Die legis actio in personam per judicis arbitrive postulationem als actio generalis aller actiones in personam aequi juris, und zwar:
   - I) als actiones simplices und judicia für wirkliche Rechtsstreitigkeiten (lites)
     - 1) Aus Vertrauensverhältnissen
       - a) actiones in jus,
       - b) actiones in factum perfidiae (Gaius IV. 20)
     - 2) Aus anderen materiellen Rechtsgründen:
       - a) actiones in jus,
       - b) actiones in factum (Gaius IV. 20)

II) als actiones duplices und **arbitria** für friedliche Auseinandersetzungen (jurgia): Die Auseinandersetzungsklagen.

C) Die legis actio in rem per sacramentum als actio generalis aller vindicationes
  I) hominis
    1) in libertate versantis (auch als actio duplex)
    2) in servitute morantis (nur als actio simplex)
    3) liberi (nur als actiones simplices)
  II) potestatis vel juris in homine libero
    1) tutelae
    2) curae.

D) Die legis actio in rem per sacramentum als actio generalis aller vindicationes
  I) rei singularis
    1) rei ipsius
    2) juris in re
  II) rei universalis vel universitatis.

Weil das Alter einzelner Klagen, z. B. der actio tutelae, fiduciae, sehr bestritten ist, so glaube ich **vorläufig** daran erinnern zu müssen, dass nach dem hier gewonnenen Ergebnisse das System der pontif. Rechtsentwicklung erst um das Jahr 450 d. St. zum definitiven Abschluss gelangt war, dass jedoch auch der definitive Abschluss dieses Systems die Bildung einzelner Klagen nicht ausgeschlossen haben konnte, diese Thätigkeit der Pontifices vielmehr erst im Jahre der Trennung des Sacralrechts vom Civilrecht (465) ihr Ende fand. Auch ist wohl kaum nöthig zu bemerken, dass durch die potestas legum interpretandarum des Pontifex Maximus die legislative Gewalt des Volkes nicht ausgeschlossen wurde, ja dass in Fällen, in welchen die Interpretation nicht mehr ausreichte, dringenden Bedürfnissen nur durch specielle Gesetze (z. B. lex Aquilia) Befriedigung verschafft werden konnte, was besonders für die letzte Zeit der verfassungsmässigen Thätigkeit der Pontifices im Gebiete der Civilrechtspflege angenommen werden muss.

Uebersicht der Bestandtheile der processeinleitenden pontif. Actionen des Grundgesetzes.

§. 41. Die erste Hauptart der ersten actio generalis enthielt:

A) I) 1) Die absolute und unbeschränkte Rechtsbehauptung des Klägers, unter Berufung auf das geltende Obligationenrecht (aio-oportere = ich behaupte, dass die Verbindlichkeit

civilrechtlich besteht). Diese Berufung enthält die Angriffsclausel.

2) Die absolute und unbeschränkte Verneinung der klägerischen Rechtsbehauptung von Seite des Beklagten, unter Berufung auf das geltende Obligationenrecht. Diese Berufung enthält die Vertheidigungsclausel[1]).

3) Die Willenseinigung der Parteien, sich dem judicium und seinen gesetzlichen Folgen zu unterwerfen, in der Form der Annahme der klägerischen provocatio ad judicium von Seite des Beklagten, also jenen processualischen Contract, auf welchem das judicium privatum beruht (vgl. ob. S. 172).

4) Den ursprünglich charakterisirenden Act der Ablegung des promissorischen Eides von Seite beider Parteien, die gesetzliche poena temere litigantium zu sacriren, d. h. in sacro zu deponiren und den Göttern zu widmen (vgl. oben S. 167 fg.[2]).

In Folge der lex Pinaria (vgl. ob. S. 84 fg.) erhielt diese Hauptart einen zweiten Act der Willenseinigung der Parteien, die gemeinsame Bestimmung des „dies, quo ad judicem accipiundum adessent" (condictio). Von diesem näher charakterisirenden Acte erhielten die actiones dieser Hauptart den Namen „condictiones" (ohne Beisatz).

5) Den allen processeinleitenden Legisactionen gemeinsamen Schlussact der Litis-Contestatio.

A) II) Die zweite Hauptart der ersten actio generalis enthielt:

1) Die nach dem Wortlaute des Gesetzes gefasste klägerische Behauptung, dass vom Beklagten ein bestimmtes factum delicti verübt worden sei, und als Folge davon die absolute und unbeschränkte Rechtsbehauptung des Klägers, unter Berufung auf das geltende Obligationenrecht (Angriffsclausel).

2) Die absolute und unbeschränkte Verneinung der klägerischen Rechtsbehauptung von Seite des Beklagten, unter Berufung auf das geltende Obligationenrecht (Vertheidigungsclausel).

Nun die Acte der acceptio judicii, des Sacrationseides, und der Litiscontestatio (ohne condictio diei).

---

1) z. vgl. Ihering, Geist III. 1. S. 36 fg.; Scheurl, Beiträge S. 132; Dirksen Manuale s. v. oportet §. 3.

2) Gaius IV. 16: deinde eadem sequebantur, quae cum in personam ageretur.

B) I) Die erste Hauptart der zweiten actio generalis enthielt:
für die actio in jus composita:
1) Die demonstratio und die relative und beschränkte Rechtsbehauptung des Klägers, unter Berufung auf das geltende Obligationenrecht (Angriffsclausel)[3]).
2) Die relative und beschränkte Verneinung der klägerischen Rechtsbehauptung von Seite des Beklagten, unter Berufung auf das geltende Obligationenrecht (Vertheidigungsclausel).
für die actio in factum composita:
1[2]) Die klägerische Behauptung des Vorhandenseins der materiellen causa und die relative und beschränkte Rechtsbehauptung des Klägers, unter Berufung auf das geltende Obligationenrecht (Angriffsclausel).
2[2]) Die absolute und unbeschränkte Verneinung der klägerischen Rechtsbehauptung, unter Berufung auf das geltende Obligationenrecht (Vertheidigungsclausel).
3) Die Willenseinigung der Parteien, sich dem judicium und seinen gesetzlichen Folgen zu unterwerfen, in der Form der Annahme der klägerischen provocatio ad judicium von Seite des Beklagten.
4) Den charakterisirenden Act, oder die Willenseinigung der Parteien eine bestimmte Person ihres Vertrauens als judex vom Prätor zu verlangen, in der Form der beiderseitigen judicis postulatio.
5) Den Act der Litis-Contestatio.

B) II) Die zweite Hauptart der zweiten actio generalis enthielt:
1) Die Demonstratio und die relative Rechtsbehauptung der einen Partei, unter Berufung auf das geltende Obligationenrecht (Clausel für die Geltendmachung des Anspruchs der einen Partei).
2) Die Demonstratio und die relative gleiche Rechtsbehauptung der andren Partei, unter Berufung auf das geltende Obligationenrecht (Clausel für die Geltendmachung des gleichen Anspruches der andren Partei).
3) Die Willenseinigung der Parteien sich dem arbitrium und seinen gesetzlichen Folgen zu unterwerfen, in der Form der Annahme der friedlichen Aufforderung der einen Partei zu der bestimmten Auseinandersetzung (familiam erctum, fines rectum ciere) von Seite der anderen Partei.

---

3) Ueber die Hilfs-Kategorie der Relation z. vgl. Ahrens, Jurist. Encyclop. III. S. 582 b.

4) Den charakterisirenden Act, oder die Willenseinigung der Parteien einen bestimmten Vertrauensmann (eventuell drei solche) vom Prätor zu verlangen, in der Form der beiderseitigen arbitri postulatio.

5) Den Act der Litis Contestatio.

C) I) Die vindicatio hominis in libertate versantis enthielt:

1) Die Behauptung des Dominus, dass der anwesende Mensch gesetzlich ihm gehöre, unter Berufung auf den demselben angehörenden Rechtszustand (Angriffsclausel) und unter gleichzeitiger Vornahme des Vindications-Actes (um sein Recht auszuüben).

2) Die Verneinung der klägerischen Rechtsbehauptung von Seite des Vindex, unter Berufung auf den dem anwesenden Menschen angehörenden Rechtszustand (Vertheidigungsclausel), und unter gleichzeitiger Vornahme des Vindicationsactes (um dem Kläger die Ausübung seines Rechtes zu bestreiten und die Besitzregulirung zu veranlassen.

3) Die Frage des Klägers, gerichtet an den Beklagten, über das Motiv seines Vindicationsactes,

4) die Antwort des Beklagten: „jus tibi negavi, sicuti vindictam imposui.“

5) den Befehl des Magistrats an die Parteien, vom Streitobjecte zu weichen.

6) Die Provocatio des Klägers und ihre Annahme von Seite des Beklagten.

7) Die Ablegung des Sacrationseides von Seite beider Parteien (Gaius IV, 16: deinde eadem sequebantur, quae cum in personam ageretur)

8) die Regulirung des Besitzes nach dem Antrag des Vindex und die Litis Contestatio.

Die vindicatio hominis in servitute morantis enthielt:

1) Die Behauptung des Vindex, dass der anwesende Mensch gesetzlich frei sei, unter Berufung auf den demselben angehörenden Rechtszustand (Angriffsclausel) und unter gleichzeitiger Vornahme des Vindications-Actes (um dem Dominus die Ausübung seines Rechtes zu bestreiten, und die Besitzregulirung zu veranlassen).

2) Die Verneinung der klägerischen Behauptung von Seite des Beklagten unter Berufung auf den dem anwesenden Menschen angehörenden Rechtszustand (Vertheidigungsclausel) und unter gleichzeitiger Vornahme des Vindications-Actes (um seine dominica potestas auszuüben).

3) Die Frage des Klägers, gerichtet an den Beklagten, nach dem Motiv seines Vindications-Actes.
4) Die Antwort des Beklagten: jus peregi, sicuti vindictam imposui.

Nun obigen Befehl des Magistrats, die acceptio judicii, die Ablegung des Sacrationseides, die Regulirung des Besitzes nach dem Antrage des Vindex und die Litis Contestatio.

Die vindicatio hominis liberi:

Wenn ein von der manus injectio des Gläubigers getroffener Schuldner einen Vindex fand, so kam die vindicatio hominis in libertate versantis stets nur als obige actio simplex in Anwendung. Wurde das mancipium, die patria potestas, die manus geltend gemacht, so gab es dabei wohl Contravindicanten, aber keine Vindices. Auch diese vindicationes waren stets actiones simplices.

C) II) Die vindicatio potestatis in homine libero konnte sich als actio negatoria oder confessoria, aber auch als actio duplex gestalten. Die actio negatoria enthielt:

1) Die Behauptung des Klägers, dass dem Beklagten an dem anwesenden Menschen das jus tutelae, curae gesetzlich nicht zustehe, unter Berufung auf den dem Menschen angehörenden Rechtszustand (Angriffsclausel) und unter Vornahme des Vindicationsactes (um dem Beklagten die Ausübung seines Rechtes zu bestreiten und die Besitzregulirung zu veranlassen).
2) Die Behauptung des Beklagten, dass ihm an dem anwesenden Menschen das jus tutelae, curae gesetzlich zustehe, unter Berufung auf den dem Menschen angehörenden Rechtszustand (Vertheidigungsclausel), und unter Vornahme des Vindicationsactes (um sein Recht auszuüben).

Hierauf folgten die von Gaius IV, 16 angegebenen Acte.

Die actio confessoria unterschied sich von der negatoria nur durch den Wechsel der Parteirollen, und die actio duplex enthielt als solche gleichartige Rechtsbehauptungen beider Parteien.

D) I) Die vindicatio rei singularis, sive mobilis sive immobilis, enthielt die von Gaius in IV, 16 angegebenen Acte der actio duplex.

Die vindicatio juris in re enthielt als actio confessoria:

1) Die Behauptung des Klägers, dass ihm an dem vorliegenden Rechtsobjecte das jus utendi fruendi (oder ein anderes jus in re) gesetzlich zustehe, unter Berufung auf den dem Rechtsobjecte angehörenden Rechtszustand (Angriffsclausel) und unter Vornahme des Vindicationsactes (um sein Recht auszuüben).

2) Die Verneinung des Beklagten, dass dem Kläger an dem vorliegenden Rechtsobjecte das jus utendi fruendi (oder ein anderes jus in re) gesetzlich zustehe, unter Berufung auf den dem Rechtsobjecte angehörenden Rechtszustand (Vertheidigungsclausel) und unter Vornahme des Vindicationsactes (um dem Kläger die Ausübung seines Rechtes zu bestreiten, und die Regulirung der quasi possessio zu veranlassen.)

Nun folgten die von Gaius in IV, 16 angegebenen weiteren Acte mit der Modification, dass die Antwort des Beklagten über das Motiv seines Vindications-Actes in diesem Falle nur lauten konnte: jus tibi negavi, sicuti vindictam imposui.

Als actio negatoria enthielt die vindicatio juris in re:

1) Die Behauptung des Klägers, dass gegen seinen Willen dem Beklagten an dem vorliegenden Rechtsobjecte das jus utendi fruendi (oder ein anderes jus in re) gesetzlich nicht zustehe, unter Berufung auf den dem Rechtsobjecte angehörenden Rechtszustand (Angriffsclausel) und unter gleichzeitiger Vornahme des Vindicationsactes (um dem Beklagten die Ausübung seines Rechtes zu bestreiten, und die Regulirung der quasi possessio zu veranlassen),
2) die Behauptung des Beklagten, dass ihm gegen den Willen des Klägers an dem vorliegenden Rechtsobjecte das jus utendi fruendi (oder ein anderes jus in re) gesetzlich zustehe, unter Berufung auf den dem Rechtsobjecte angehörenden Rechtszustand (Vertheidigungsclausel) und unter Vornahme des Vindicationsactes (um sein Recht auszuüben).

Nun folgten die von Gaius in IV, 16 angegebenen weiteren Acte.

D) II) Die vindicatio universitatis enthielt die Acte der actio duplex, welche Gaius in IV, 16 angibt, und deren forma noch dem pontif. Civilrecht des Grundgesetzes angehört.

Die Litiscontestations-Zeugen hatten die Namen und die Identität der Parteien, die Identität des Streitobjectes, den concreten Anspruch des Klägers, die Anhängigkeit des Streites und die legis actio, welche vollzogen worden war, in judicio zu bezeugen. Die abstracten Bestandtheile der forma agendi wurden also durch die Zeugen ebenso in concrete verwandelt, wie der Prätor in der späteren formula den Blanket-Namen die wirklichen Namen der Parteien substituirte, die übrige formula aber concret fasste.

Der hohe Werth der processeinleitenden pontif. Actionen für die Parteien.

§. 42. Weil die pontif. formae agendi von grundgesetzlicher Wesenheit waren und eben darum Actionen des Grundgesetzes hiessen (Legis actiones), so verliehen sie den Parteien verfassungsmässige Eigenrechte, und weil sie unabänderlich feststanden, und somit für alle Bürger ohne Ausnahme in Anwendung kamen, so hatten sie in der Civilrechtspflege eine Rechtsgleichheit geschaffen, welche die Welt weder früher noch später irgendwann und irgendwo gesehen hatte. Die weit reichenden Angriffs- und Vertheidigungsclauseln, welche sie enthielten, gestatteten eine Freiheit im Angriff und in der Vertheidigung, wie sie grösser wohl kaum gedacht werden kann, und weil die nämliche Clausel, welche dem Kläger zum Angriffe diente, auch für die Vertheidigung des Beklagten bestimmt war, so war die Gleichstellung beider Parteien im Processe und die processualische Gerechtigkeit durch sie in einer so durchgreifenden Weise realisirt, dass ein höherer Grad derselben undenkbar erscheint. Dass sie aber an die Parteien keine anderen Forderungen stellen, als welche im Interesse einer raschen Entscheidung des Streites nothwendig sind, und dass die Aeusserungen des Tadels der späteren Juristen nur die ihnen aus Mangel an jeglicher Rechtsgeschichte bereits unklar gewordene gesetzlich formelle Natur derselben treffen, und somit nicht zu beachten sind, dürfte wohl Jedem einleuchten, welcher weiss, welchen Werth die bestimmte und präcise Fassung des erhobenen Anspruchs und die volle Klarheit und Zweifellosigkeit der juristischen Begriffe für eine rasche Rechtspflege haben. Ihr von ernsten Folgen begleiteter Appell an das religiöse Gewissen der Parteien („si scientes fallerent") schnitt von vornherein jede muthwillige und leichtfertige Processführung ab, und musste bewirkt haben, dass jede Partei sich zweimal überlegte, einen Anspruch unbegründeter Weise zu erheben oder zu verneinen.

Die Stellung des richterlichen Magistrats zur processeinleitenden pontif. forma agendi.

§. 43. Weil die pontif. forma agendi eine lex publica im eminenten Sinne eines Grundgesetzes war, so hatte der richterliche Magistrat sich ihr ebenso unbedingt zu unterordnen, als den übrigen verfassungmässigen Gesetzen. Darum war die legis actio nicht bloss für die Parteien, sondern auch für den Magistrat componirt, also dieserselbst der Processformel untergeordnet. So wenig

der richterliche Magistrat einem Bürger die Ausübung eines anderen verfassungsmässigen Eigenrechtes zu bewilligen oder zu versagen hatte, so wenig konnte es im pontif. Processe des Grundgesetzes eine postulatio, beziehungsweise impetratio actionis im späteren Sinne dieser Ausdrücke gegeben haben. Hatte also der Kläger die rechte forma agendi gewählt, also die Form getroffen, in welcher allein sein Anspruch rechtsgiltig und wirksam verfolgt werden konnte, so war der richterliche Magistrat verfassungsmässig verpflichtet, den Kläger seinen Anspruch verfolgen zu lassen. Ebenso wenig konnte er ihm die Freiheit seines Angriffs von vornherein beschränken. Weil nun dies auch von der Freiheit der Vertheidigung gilt, so war die pontif. forma agendi in ihrem Verhältniss zum richterlichen Magistrat zugleich ein concreter Ausdruck der verfassungsmässigen Freiheit der römischen Bürger. Weil jedoch diese verfassungsmässige Freiheit ein Vorrecht nur römischer Bürger, oder derjenigen war, welche als solche behandelt wurden, so stand dem richterlichen Magistrat wohl das Recht zu, derartige Fragen als Legimationspunkte zu behandeln. Daraus aber folgt, dass die pontif. forma agendi vor dem Prätor peregrinus keineswegs mehr die Natur eines verfassungsmässigen Gesetzes haben konnte, wenn überhaupt die Frage ihrer Anwendbarkeit in den Peregrinengerichten gestellt wird (wie von Mommsen, Stadtrechte, S. 435 Note 129).

Die Stellung des Geschwornen zur processeinleitenden pontif. forma agendi.

§. 44. Wenn der richterliche Magistrat im pont. Processe des Grundgesetzes weder eine actio noch exceptio zu bewilligen oder zu versagen hatte, wenn die forma agendi selbst die volle Freiheit des Angriffs und der Vertheidigung den Parteien garantirte, so ist damit auch die Stellung gezeichnet, in welcher sich der Geschworne der pontif. forma agendi oder dem judicium legitimum gegenüber befand: auch der Geschworne hatte nicht die Macht, auf den Angriff oder die Vertheidigung irgendwelchen Einfluss auszuüben, oder eine Partei vor der andern zu begünstigen.

Für den Geschwornen hatte aber die pontif. forma agendi noch eine andere hochwichtige Bedeutung: sie forderte von ihm nicht nur ein bedeutendes Mass juristischer Kenntnisse, sondern sie bestimmte auch den Umfang jener richterlichen Competenz, welche ihm kein Magistrat verkümmern konnte, weil auch diese seine Competenz eine verfassungsmässige war, und der richterliche Magistrat sich die Schranken der Verfassung gegenwärtig zu halten hatte. Auf Grund einer pontif. forma agendi oder eines judicium legitimum konnte also nur

ein durch die Verfassung berufener Geschworner (judex), nicht aber ein nur vom richterlichen Magistrat autorisirter Richter (recuperator) eine Untersuchung anstellen und ein Urtheil fällen. Auf das Urtheil des von der Verfassung berufenen Geschwornen konnte der richterliche Magistrat keinen Einfluss nehmen, also dasselbe weder cassiren, noch reformiren, weil derselbe weder oberster Gerichtsherr war, noch die potestas legum interpretandarum summa hatte.

Diese werthvollen Eigenschaften hatten es bewirkt, dass diese republicanischen judicia legitima als ehrwürdige Ueberreste des alten verfassungsmässigen Rechtes vor den Centumvirn noch in den spätesten Zeiten aufrecht erhalten wurden, und die Grundlagen bildeten, auf welchen in den wichtigsten Processen die ersten Anwälte dieser Zeiten ihre Kräfte massen.

Ich gelange also zu einem Ergebniss, welches der auf c. 38 des Dialogus de oratoribus gestützten Behauptung Kellers[1]) und Römers[2]), dass „die Centumviralgerichte schon zur Zeit der Republik von den Gerichten des Prätors in Schatten gestellt worden," direct widerspricht, wesshalb ich noch über diese Stelle des Dialogus[3]) einige Bemerkungen beizufügen habe.

Der Verfasser des Dialogus de oratoribus erörtert die Ursachen des Verfalls der Beredtsamkeit in seiner Zeit, erwähnt dabei, dass die meist politischen Criminalprocesse in der späteren Zeit der Republik, namentlich b e v o r Pompejus für den Criminalprocess des

---

1) Civilpr. S. 24. — 2) Münchner Krit. Ueberschau, III. Bd. S. 449.

3) Dialog de orat. c. 38: Transeo ad formam et consuetudinem v e t e r u m judiciorum: quae etsi nunc aptior est c i v i t a t i, eloquentiam tamen illud forum magis exercebat, in quo nemo intra paucissimas horas perorare cogebatur et l i b e r a e c o m p e r e n d i n a t i o n e s erant, et m o d u m d i c e n d i s i b i q u i s q u e s u m e b a t, et n u m e r u s n e q u e d i e r u m n e q u e p a t r o n o r u m f i n i e b a t u r. Primus haec tertio consulatu Cn. Pompeius adstrinxit (für den Criminalprocess des Milo), imposuitque velut frenos eloquentiae, ita tamen, ut omnia in foro, o m n i a l e g i b u s, omnia apud praetores gererentur: a p u d q u o s q u a n t o m a j o r a n e g o t i a o l i m e x e r c e r i s o l i t a s i n t, q u o d m a j u s a r g u m e n t u m e s t, q u a m q u o d c a u s a e c e n t u m v i r a l e s, **quae nunc primum obtinent locum** adeo splendore **aliorum judiciorum** obruebantur, ut n e q u e C i c e r o n i s, n e q u e C a e s a r i s, n e q u e B r u t i, n e q u e C o e l i i, n e q u e C a l v i, n e q u e d e n i q u e u l l i u s m a g n i o r a t o r i s l i b e r a p u d c e n t u m v i r o s d i c t u s l e g a t u r, exceptis orationibus Asinii, quae „pro heredibus Urbiniae" inscribuntur, ab ipso tamen Pollione mediis divi Augusti temporibus habitae, post quam longa temporum quies et continuum populi otium et assidua senatus tranquillitas et m a x i m e p r i n c i p i s d i s c i p l i n a ipsam quoque eloquentiam sicuti omnia alia p a c a v e r a t.

Milo wegen Ermordung des berüchtigten Clodius bestimmte Beschränkungen den Anwälten auferlegt hatte[4]), die gerichtliche Beredtsamkeit zur höchsten Entwickelung gebracht hatten, weil da im Angriff und in der Vertheidigung die vollste Freiheit bestand. Als das entscheidende Argument für diese seine Behauptung hebt nun der Verfasser des Dialogus die Thatsache hervor, dass die gerichtliche Beredsamkeit in den Criminalprocessen damals sogar die gerichtliche Beredtsamkeit in den Civilprocessen vor den Centumvirn überstrahlt habe, wiewohl diese in seiner Zeit den ersten Rang einnähmen und ungeachtet in den Centumviralsachen die ersten Anwälte jener Zeiten ihre Kräfte gemessen hätten. Damit aber will er ohne Zweifel nur sagen, dass das Verfahren vor den Centumvirn sowohl zur Zeit der Republik als der Kaiser das grösste Mass gesetzlicher Freiheit bot, welches überhaupt im Civilprocesse geboten werden konnte, und dass die Beredtsamkeit, welche sich durch diese Freiheit entwickelt hatte, in der Zeit der Republik nur durch die Beredtsamkeit in den politischen Criminalprocessen übertroffen wurde, weil diese Processe selbstverständlich alle Schichten der Bevölkerung aufgeregt und die Kräfte der Parteien auf die Probe gestellt hatten. Unter dem vom Verfasser des Dialogus ausgesprochenen Gegensatz „aliorum judiciorum" sind also nicht mit Keller und Römer die Civilprocesse des Edictes, sondern die Criminalprocesse in der letzten Zeit der Republik zu verstehen.

Weil nun die pontif. formae agendi als judicia legitima die verfassungsmässig sichergestellten Grundlagen einer unparteiischen und eines freien Staates würdigen Civilrechtspflege bildeten, so waren für den Prätor urbanus Momente hochwichtiger, ja zwingender Natur vorhanden, alle Mittel aufzubieten, um diese judicia legitima auch für die Zukunft zu erhalten.

Ich habe nun diese judicia legitima darzustellen und die Reformen darzulegen, welche der Prätor urbanus kraft der ihm durch die lex Aebutia und Silia verliehenen Gewalten im Gebiete des grundgesetzlichen Civilrechts durchgeführt hatte, wobei ich an meine obige Bemerkung erinnere, dass die Reformen im Processerhebungs- und Executions-Verfahren hier darum nicht in Erörterung gezogen werden können, weil sie mit der Entwickelung des materiellen Civilrechts in keinem Zusammenhange stehen und lediglich in die Processlehre gehören. Die Aufgabe, die mir vorliegt, beschränkt sich also darauf, dass ich nachweise:

---

4) z. s. Bruns Fontes Jur. R. p. 225. ed. 2.

I) Die Conception der Cautionsformeln von Seite des Prätor urbanus (stipulationes praetoriae); II) Die Begründung des eigentlichen Interdictenprocesses; III) Die vierte pontif. actio generalis und ihre Adaptirung für die veränderten Verhältnisse der Jurisdiction des Prätor urbanus; IV) die erste pontif. actio generalis, und die Adaptirung der ersten Hauptart derselben zur Geltendmachung des Anspruchs aus dem vom Prätor anerkannten formfreien Mutuum und der vom Prätor proponirten Exceptionen; V) die zweite pontif. actio generalis und Adaptirung der ersten Hauptart derselben zur Geltendmachung der Ansprüche aus den übrigen vom Prätor anerkannten, formfreien Real- und Consensual-Contracten und der vom Prätor proponirten Exceptionen; VI) Die dritte pontif. actio generalis und die Vermehrung der ersten Hauptart derselben durch neue, zur Verfolgung und Vertheidigung des prätorischen Eigenthums an Sclaven in Statusfragen brauchbare legis actiones in rem; VII) Das Bedürfniss neuer legis actiones in rem zur Geltendmachung des prätorischen Eigenthums. — Die pontif. Geschäftsformen, ihre Reformen, die Beschränkung des ursprünglichen Anwendungsgebietes der Mancipatio, die Begründung des prätorischen Eigenthums und die Vermehrung der ersten Hauptart der vierten actio generalis durch neue zur Verfolgung und Vertheidigung auch des prätorischen Eigenthums brauchbare legis actiones in rem; VIII) Die Begründung des prätorischen Erbrechts und die Vermehrung der zweiten Hauptart der vierten actio generalis durch neue, zur Verfolgung und Vertheidigung auch des prätorischen Erbrechts brauchbare legis actiones in rem; IX) Die in Folge der Trennung des Sacralrechts vom Civilrecht nothwendig gewordene Beseitigung des sacralen Elements des Civilprocesses und die Uebertragung des judicare sacramenta an vom Volke gewählte Magistrate, wozu jedoch die Gewalten des Prätors nicht ausreichten und somit ein Specialgesetz (lex Papiria) nothwendig war; X) Die Composition einer neuen für den geschäftlichen Verkehr sehr vortheilhaften legis actio in personam an Stelle der aufgehobenen actio ex nexu; XI) Die condictio ex lege Calpurnia; XII) Den Charakter des reformirten Civilrechts und des jus Aelianum.

IX. Capitel.

Die Begründung der stipulationes praetoriae und des eigentlichen Interdictenprocesses.

§. 45. Es ist bestritten[1]), ob der Prätor ausser den zur Ein-

1) z. vgl. Bethmann-Hollweg, Civilpr. I. S. 294, II. S. 798; Keller, Civilpr. §. 22.

leitung und Instruction eines Processes gehörenden Bürgschaften[2]) auch die Cautionen zur Sicherung der Ausübung eines Rechtes für die Zukunft, Verhütung von Beschädigungen, u. s. w., schon in der Zeit der Legisactionen, oder erst in der Zeit des „Formularprocesses" kraft seines Imperium's auferlegen konnte. Keller betrachtet die stipulationes praetoriae als eine nothwendige Ergänzung des Systems der legis actiones und spricht ihnen eine weit reichende Anwendung zu[3]), während Bethmann-Hollweg[4]) dieselben sämmtlich dem jus honorarium seiner zweiten Periode, also dem Edictsprocesse, zuschreibt.

Die Eigenthümlichkeit des von mir eingenommenen Standpunktes bringt es mit sich, dass für mich der Gegensatz sachlich nicht besteht, welcher in den angeführten Ansichten hervortritt. Ich brauche nur beizufügen, dass Kellers Ansicht auf den prätorischen Process des Grundgesetzes zu beschränken, Bethmann-Hollwegs Anschauung aber dahin zu berichtigen ist, dass das jus honorarium nicht erst dem „Formularprocesse", sondern bereits dem reformirten Processe des Grundgesetzes angehört.

Das Imperium ist die Herrschermacht, oder die höchste Macht zu gebieten und zu verbieten, und weil der Prätor zwar ein imperium minus, aber desshalb doch immer ein imperium hatte, so versteht es sich von selbst, dass er von jeher auch Cautionen anordnen (jubere) durfte. In diesem Sinne konnte also Ulpian in der L. 4. D. de jurisd. 2, 1 wohl sagen: jubere caveri praetoria stipulatione imperii magis est, quam jurisdictionis, nur muss meines Erachtens der Nachdruck nicht auf das Adjectiv „praetoria", sondern auf das jubere gelegt, und die Geltung des Adjectivs „praetoria" auf die Zeit nach der lex Aebutia und Silia beschränkt werden, eine Beschränkung, welche desto gerechtfertigter erscheint, je weniger es in der Absicht Ulpians gelegen war, bei seiner Darstellung auch die Zeit vor den erwähnten Gesetzen in Betracht zu ziehen.

Die Ortsverhältnisse der Jurisdiction, wie sie zur Zeit der Decemviralgesetzgebung bestanden, machten es möglich, und liessen es sogar im Interesse einer raschen Procedur als vortheilhaft erscheinen, dass Vadimonien niemals aussergerichtlich, sondern stets nur vor Gericht und zwar in der Vorverhandlung eingegangen

2) Zu diesen rechnet Bethmann-Hollweg, Civilpr. I. S. 204 das vadimonium (Gaius IV. §. 184, Plautus, Aulul. II, 4, 38, Curcul. I. 3, 5, Varro, L. L. VI, 7), die sponsio, womit das sacramentum stipulirt worden sei, und die Bestellung der praedes litis et vindiciarum.

3) Civilpr. S. 87.

4) Civilpr. II. S. 738.

wurden, wodurch jedes spätere Processiren („recuperatoribus suppositis", Gaius, IV 184) vermieden worden war. Ebenso war in der Vorverhandlung eines Vindicationsprocesses, bei welchem das Streitobject ein bewegliches war, von Seite des Beklagten Caution zu leisten, dass er das Streitobject zum Zwecke der Vindication am bestimmten Tage vor Gericht stellen werde[5]). Weil ferner auch publicistische Verpflichtungen in der Form der Sponsio eingegangen wurden, so wird wohl auch die Verpflichtung der praedes litis et vindiciarum in der Form der Sponsio eingegangen worden sein, wie Bethmann-Hollweg annimmt, ohne dass aber daraus gefolgert zu werden braucht, dass diese Verpflichtung erst durch die Sponsio klagbar wurde, weil diese Verpflichtung eine publicistische und somit eine executive war. Was endlich die Eingehung der Verpflichtung zur poena temere litigantium in der von Bethmann-Hollweg angenommenen Form der Sponsio betrifft, so kann ich diese Form der Eingehung dieser Verpflichtung nur für die Zeit nach der lex Silia zugeben. Eine Caution ex lege XII tab. erwähnt endlich die L. 5. D. ne quid in loco pub. 43, 8: Si per publicum locum rivus aquaeductus privato nocebit, erit actio ex lege XII tab. ut noxa domino caveatur. Cautionen konnte also der richterliche Magistrat von jeher kraft seines Imperiums anordnen, aber er konnte dieselben vor der lex Aebutia und Silia nicht concipiren, und die concipirten nicht gegen den Willen der Parteien zwangsweise in Anwendung bringen, weil vor den genannten Gesetzen die Composition solcher Cautionsformeln nicht dem Prätor, sondern nur dem Pontifical-Collegium zustand, und die Conception und zwangweise Anwendung von Stipulations-Formeln zur Sicherung der Ausübung eines Rechtes für die Zukunft, und zur Verhütung von Beschädigungen u. s. w. jene Jurisdictions-Gewalten voraussetzen, welche der Prätor erst durch die lex Aebutia und Silia erhalten hatte. Vor der lex Aebutia und Silia stand also dem richterlichen Magistrat wohl das caveri jubere, aber nicht die Conception der Stipulations-Formeln zu. Gerade diese vom Prätor ausgehende Conception der Stipulationen, womit cavirt werden soll, macht diese Stipulationen zu prätorischen, wesshalb ich auch die stipulationes praetoriae in die Zeit der Begründung des prätorischen Rechtes durch die lex Aebutia und seiner zwangsweisen Geltendmachung für die judicia legitima durch die lex Silia setzen muss. Darum heisst es in der L. 52 pr. D. de verb. oblig. 45, 1: praetoriae sti-

5) Im Processe der Verginia werden zwei Fälle solcher Cautionen für die Stellung des Streitobjectes vor Gericht erwähnt.

pulationes legem accipiunt de mente Praetoris, qui eas proponit. Denique praetoriis stipulationibus nihil immutare licet, neque addere, neque detrahere. Als älteste, vom Prätor eingeführte stipulatio judicialis erscheint mir die stipulatio pro praede litis et vindiciarum aus dem Grunde, weil sie an die Stelle der im pontif. Vindicationsprocesse nothwendigen Bestellung der praedes litis et vindiciarum trat, also nicht erst dem Processe des Edictes, sondern bereits dem reformirten Processe des Grundgesetzes angehört. Hinsichtlich dieser stipulatio judicialis stellt sich also das hier gewonnene Ergebniss nicht als Gegensatz sondern nur als eine Ergänzung der herrschenden Ansicht dar.

Die Begründung des eigentlichen Interdictenprocesses.

§. 46. Es herrscht Uebereinstimmung, dass der Ursprung des Instituts der Interdicte in der Zeit der Legisactionen zu suchen sei[1]), nicht aber, ob auch die Begründung des eigentlichen Interdictenprocesses dieser Zeit angehöre. Während nämlich Keller die Interdicte allgemein als „eine Ergänzung der Legisactionen" bestimmt, verlegt Bethmann-Hollweg[2]) den Uebergang der ursprünglichen Interdicte in Formen, ein judicium einzuleiten, und die Vollendung des eigentlichen Interdictenprocesses in die Zeit der „formulae".

Wie ich nun oben (S. 121) nachgewiesen habe, hatten den gesetzlichen Bestand der Legisactionen mit bestimmten Ausnahmen erst die leges Juliae aufgehoben, für mich kann also der schroffe Gegensatz der legis actiones und „formulae" in der Zeit der Republik gar nicht existiren. Weil aber die Gesetze des Aebutius und Silius auch den Zweck hatten, den pontificischen Process der Lex zu reformiren, so habe ich bezüglich der legis actiones auch die Zeit vor und nach dieser Reform, also den pontificischen und prätorischen Process der Lex, von dem letzteren aber auch den sich nebenher entwickelnden Process des Edictes zu unterscheiden.

Ich stimme nun Bethmann-Hollweg bei, dass die Interdicte als judicia sich aus jenen Verboten (interdicta) und Befehlen (decreta) entwickelten, welche die richterlichen Magistrate auf Anrufen eines Bürgers kraft ihres Imperiums schon in ältester Zeit erliessen, um künftigen Rechtsverletzungen vorzubeugen, oder thatsächlichen Stö-

---

1) Huschke, Studien S. 3; Leist, Bonorum Poss. S. 325; Keller, Civilpr. S. 86; Schmidt, Interdicten-Verfahren, S. 303, fg; Rudorff, R. G. II, S. 176 fg.; Herm. Witte, das interdictum uti possidetis, S. 8; Bethmann-Hollweg, Civilpr. I. S. 202.

2) Civilpr. II. S. 345.

rungen der öffentlichen Ordnung zu steuern, und deren Beachtung sie sich durch gewöhnliche Zwangsmittel sicherten. Ebenso kann es nicht zweifelhaft sein, dass der eigentliche Interdictenprocess dadurch begründet wurde, dass der Prätor jenes Verbot oder jenen Befehl als einen bedingten betrachtete und die Parteien zu einer entsprechenden Sponsio zwang, über deren thatsächlichen Grund dann Geschworne entschieden, und dass der von dem Unterliegenden zu zahlende Betrag der summa sponsionis zugleich die Strafe (poena) seines Ungehorsams war, also die Multa vertrat, durch welche früher der Prätor seinem Verbot oder Befehl Folge verschaffte [3]). Allein diese Verwendung der Sponsio war keine „schon längst bestehende Gerichtssitte", sondern die Befugniss, die Sponsio nach seinem Ermessen zur Begründung von Ansprüchen auch zwangsweise in Anwendung zu bringen, erhielt der Prätor nach den hier gewonnenen Ergebnissen erst durch die lex Silia vom J. 465 d. St., folglich muss auch die Begründung des eigentlichen Interdictenprocesses auf dieses Gesetz zurückgeführt werden. Wenn also Bethmann-Hollweg (a. a. O.) die Einführung des eigentlichen Interdictenprocesses mit Recht durch die Erweiterung der Competenz des Prätors und seine dadurch bewirkte Ueberlastung motivirt, so spricht auch er von den Ereignissen gerade der Zeit, welche ich so eben angegeben, oben (S. 211—213) aber weitläufig nachgewiesen habe. Den auffallenden Uebergang der ursprünglichen Interdicte in judicia führt also auch Bethmann-Hollweg nur auf besondere geschichtliche Ereignisse zurück.

Es erklärt sich nun daraus, warum schon Plautus das interdictum utrubi kennt (Stichus, V, 4, v. 14; V, 5, v. 9) und wie Cicero die Gestalt der possessorischen Interdicte seiner Zeit den „majores" zuschreiben (pro Tullio 44) und den Prätor als ganze Tage mit ihnen beschäftigt schildern konnte (pro Caecina, XIII, § 36). Zuerst kam der eigentliche Interdictenprocess wohl bei den Interdicten uti possidetis und utrubi in Anwendung. Für das erstere folgt dies aus Festus, s. v. possessio: — — non enim possessio est (nisi in) rebus, quae tangi possunt; (neque) qui dicit se possidere, his vere (Huschke: is suam rem) potest dicere. Itaque in legitimis actionibus nemo ex his (Huschke: ex jure Quiritium) possessionem suam vocare audet, sed ad interdictum venit, ut Praetor his verbis utatur: Uti nunc possidetis eum fundum, q. d. a., quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis. Adversus ea vim fieri veto. Weil nämlich bei der Legis actio in rem

---

3) Bethmann-Hollweg, Civilpr. II. S. 345.

per sacramentum den Besitz auch nach der lex Aebutia und Silia noch immer der Prätor selbst zu reguliren hatte [4]), so können unter den legitimae actiones dieser Stelle nur die Fälle der prätorischen legis actio in rem per sponsionem et sacramentum verstanden werden, von der ich schon oben (S. 183,198 fg.) hervorgehoben habe, dass sie zur Geltendmachung sowohl des quiritischen als des prätorischen Eigenthums brauchbar, also in den Fällen des Conflictes dieser beiden Eigenthumsarten mit einander allein anwendbar war. Während die legis actio in rem per sacram. den richterlichen Magistrat nöthigte den Besitz persönlich zu reguliren, hatte ihn die vom Prätor auf Grund der lex Aebutia und Silia geschaffene legis actio in rem per sponsionem et sacram. von dieser zeitraubenden Pflicht befreit. Die Interdicte uti possidetis und utrubi sind also mit der genannten legis actio in rem zugleich eingeführt zu betrachten.

Die Interdicte de homine libero exhibendo und de liberis exhibendis bezeichnet Rudorff in seiner Darstellung der „Vindication sacramento“ [5]) als „Vorführungsbefehle zum Behufe der Vindication eines Menschen“. In gleicher Auffassung setzt diese Interdicte auch Bethmann-Hollweg in die Zeit der Legisactionen [6]), bemerkt jedoch selbst, dass sie durch diese Function bereits über den Zweck der ursprünglichen Interdicte hinausgehen. Insbesondere hebt er über das interdictum de homine libero exhibendo hervor [7]), dass es ursprünglich zur Vorbereitung der causa liberalis gedient habe, später aber durch dieselbe ausgeschlossen gewesen sei [8]).

Was nun vorerst das interdictum de hom. lib. exhib. anlangt, so macht jetzt Demelius [9]) unter Berufung auf den in der L. 1 pr. D. h. t. erhaltenen Wortlaut dieses Interdicts: „Quem liberum dolo malo retines, exhibeas“ gegen diese Auffassung die Einwendungen, dass man vorerst von demjenigen, welcher einen Menschen zurückhält, weil er ihn für unfrei ansieht, nicht sagen könne, „dolo malo retines.“ Hätte aber dieses Interdict auch wirklich jemals die Bedeutung eines Vorführungsbefehls gehabt, so hätte es doch auf den dolus des zu Belangenden unmöglich ankommen können, weil dieser für die Statthaftigkeit der Vindication, also auch des Vorführungsbefehls ganz gleichgiltig sei. Dieses prätorische Rechtsmittel sollte

---

4) Bethmann-Hollweg, Civilpr. II, S. 232. 5) R.G. II, S. 130.
6) Civilpr. I. S. 203, Note 5. 7) Civilpr. II. S. 335, Note 42.
8) L. 3. § 7. D. de hom. lib. exhib: 43, 29: — — placuit tunc demum hoc interdictum locum habere, quotiens quis pro certo liber est, — —.
9) Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das classische und heutige Recht, 1872 S. 239 fg.

vielmehr gegen ein Attentat schützen, nämlich gegen dolose Beschränkung der persönlichen Freiheit einer **unbestritten** freien Person. — Eine Vindication von Kindern in väterlicher Gewalt habe es nur in der Form der legis actio, nicht aber in der der formula petitoria gegeben (S. 244 fg.)

Ich habe nun schon oben (S. 165,232) bemerkt, dass in dem pontificischen Processe der Lex die Stellung des Vindicationsobjectes vor Gericht in der Vorverhandlung durch Caution des Beklagten zu sichern war, wie im Processe der Verginia der Client des Appius Claudius Caution dafür leistet, dass er dieselbe vor Gericht stellen werde, wenn der Vater nach seiner Heimkehr als Vindex auftreten würde. Im pontif. Processe der Lex war also für das in Rede stehende Interdict kein Bedürfniss vorhanden. Die vom Prätor eingeführte legis actio in rem per sponsionem et sacram. erforderte aber die Gegenwart des Streitobjectes vor Gericht nicht mehr: diese Interdicte bildeten also auch für die Vollziehung dieser legis actio ebenfalls keine Voraussetzung. Es fragt sich also nur, ob diese Interdicte für die Vindication beweglicher und leicht transportabler Objecte in der Form der legis actio in rem per sacram. nicht doch in jener Zeit nothwendig wurden, in welcher die erwähnte Vorverhandlung zur Ausnahme geworden war. „So lange ohne Gegenwart der Sache gar nicht vindicirt werden konnte, muss das Recht des Klägers auf Stellung derselben vor Gericht ein ganz abstractes, nicht durch das Resultat einer Untersuchung bedingtes gewesen sein“[10]. Der Kläger hatte also bei dieser legis actio in rem ohne Zweifel auch noch später das Recht, eine Vorverhandlung zu verlangen und in derselben den Beklagten zur Leistung der erwähnten Caution verhalten zu lassen. War über die Summe der Caution in ihrem Verhältniss zum Werthe des Streitobjectes keine Einigung der Parteien erzielt, da musste der Prätor wohl den Schätzungseid des Klägers, oder vielleicht des spätern „summatim cognoscere“ in Anwendung bringen, zumal die Bestimmung des Werthes des Streitobjectes wegen der summa sacramenti auch für die Vornahme der Legis actio in rem per sacram. eine Voraussetzung bildete. Für das Interesse des Klägers musste also bei der Legis actio in rem per sacram. auch nach der lex Aebutia und Silia gesorgt gewesen sein, allein es lag gewiss auch im Interesse des Prätors, sich von solchen untergeordneten Verhandlungen und Fragen zu entlasten, um Zeit und Kräfte für die hohe Aufgabe aufzusparen, welche ihm diese Gesetze zugewiesen hatten. Bei der legis actio in rem per spon-

10) Demelius a. a. O. S. 258.

sionem et sacram., welche die Gegenwart des Streitobjectes nicht erforderte, war folgerichtig der Beklagte nicht verpflichtet, das Streitobject vor Gericht zu stellen; es fragt sich also, wie hier dem Kläger geholfen wurde, wenn er seinerseits ein Interesse an der Exhibition des Streitobjectes hatte, der Beklagte aber dieselbe verweigerte. Wenn es nun trotz dem §. 1 Inst. IV, 15 und der Erläuterung des Theophilus[11]) niemals ein besonderes Interdict „de exhibendo eo, cujus de libertate agitur" gab, so kann für den Freiheitsprocess die Exhibition des Menschen nur durch die actio ad exhibendum erzwungen worden sein, dann aber erscheint mir auch das Resultat wohl begründet, zu welchem Demelius (a. a. O. S. 289) über das Alter der actio ad exhibendum gelangt, und worin ich nur an die Stelle des „Formularprocesses" den vom Prätor reformirten Process der Lex zu setzen habe: „Vielleicht hat nach dem Aufkommen des Formularprocesses der Magistrat den jussus ad exhibendum noch einige Zeit selbst erlassen, und im Falle des Ungehorsams einen arbiter zur Feststellung der aestimatio gegeben. Jedenfalls aber fällt die actio ad exhibendum in die erste Zeit des Formularprocesses; die übrigen Rechtsmittel (ad exhibendum) haben wir keinen Grund für älter zu halten, im Gegentheil weist die oben nachgewiesene ergänzende Function derselben auf ihre Einführung erst nach der Entstehung der actio ad exhibendum."

X. Capitel.

Die vierte pontif. actio generalis und ihre Adaptirung für die veränderten Verhältnisse der Jurisdiction des Prätor urbanus.

§. 47. Um die vierte pontif. actio generalis zu bestimmen und ihre Adaptirung für die veränderten Verhältnisse der Jurisdiction des Prätor urbanus zu zeigen, sehe ich mich genöthigt, vorerst aus dem 20. Buche des Gellius darum das ganze 10. Capitel anzuführen, weil in letzter Zeit nicht blos sein Inhalt, sondern auch seine Aufschrift controvers geworden ist[1]).

[Quid vocabulum: ex jure manum consertum significet].

„Ex jure manum consertum" verba sunt ex antiquis actionibus,

11) Exhibitoria (scil. interdicta) sunt, per quae jubet exhiberi, veluti eum, cujus de libertate agitur, —. Theophilus: Exhibitoria *δέ ἐστιν, ἐν οἷς κελεύει τι εἰς μέσον φέρεσθαι οἷον ἀποκρύπεις τὸν ἐμὸν ἀδελφόν, λέγων αὐτὸν εἶναι δοῦλον σόν, ἐμοῦ βουλομένου περὶ τῆς αὐτοῦ δικάζεσθαι ἐλευθερίας.* Das *ἀνακρύπτειν* deutet aber anch hier auf den dolus des retinens.

1) Z. s. Huschke, Ztsch. f. R.G. VII. Bd., 2. Hft. 1868 S. 180 fg.

quae cum lege agitur et vindiciae contenduntur, dici nunc quoque apud praetorem solent[2]).

Rogavi ego Romae grammaticum — — — quid haec verba essent. Tum ille me despiciens: „Aut erras, inquit, adulescens, aut ludis", rem enim doceo grammaticam, non jus respondeo: si quid igitur ex Vergilio — — Ennio quaerere habes, quaeras licet." „Ex Ennio ergo, inquam, est, magister, quod quaero. Ennius enim his verbis usus est." — — Tum ego hos versus ex octavo annali dixi — —:

Pellitur e medio sapientia, vi geritur res;
Spernitur orator bonus, horridus miles amatur.
Haut doctis dictis certantes nec maledictis,
Miscent inter sese inimicitias agitantes.
Non ex jure manum consertum, sed magis ferro
Rem repetunt regnumque petunt, vadunt solida vi.

Cum hos ego versus Ennianos dixissem : „credo, inquit grammaticus, iam tibi. Sed tu velim credas mihi, Quintum Ennium didixisse hoc non ex poeticae literis, sed ex juris aliquo perito. Eas igitur tu quoque, inquit, et discas, unde Ennius didicit". Usus sum consilio magistri — — —. Itaque quod ex jure consultis, quodque ex libris eorum didici, inferendum his commentariis existimavi, quoniam — — ignorare non oportet verba actionum civilium celebriora. Nam de qua re disceptatur in jure (in re) praesenti, sive ager sive quid aliud est, cum adversario simul manu prendere et in ea re (solle)mnibus verbis vindicare, id est vindicia". Correptio manus in re atque in loco praesenti apud praetorem ex duodecim tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est: „Si qui in jure manum conserunt". Sed postquam praetores propagatis Italiae finibus datis jurisdictionibus negotiis occupati proficisci vindiciarum dicendarum causa (ad) longinquas res gravabantur, institutum est contra duodecim tacito consensu, ut litigantes non in jure apud praetorem manum consererent, sed „ex jure manum consertum vocarent," id est, alter alterum ex jure ad conserendam manum in rem, de qua ageretur, vocaret atque profecti simul in agrum, de quo litigabatur, terrae aliquid ex eo, uti unam glebam, in jus in urbem ad praetorem deferrent et in ea gleba tamquam in toto

2) Gellius lebte unter Hadrian und Antoninus Pius in Rom, und war somit ein Zeitgenosse des Gaius.

agro vindicarent. Idcirco Ennius significare volens (bellum) non, ut apud praetorem solitum est, legitimis actionibus neque ex jure manum consertum, sed bello ferroque et vera vi atque solida (— — — —); quod videtur dixisse, conferens illam vim civilem et festucariam, quae verbo diceretur, non quae manu fieret, cum vi bellica et cruenta. Hieher gehört auch Cicero de orat. I. 41: aut te ex jure manum consertum vocarent, quod in alienas possessiones tam temere irruisses.

Wie die Worte des Gellius: „Correptio manus in re atque in loco praesenti apud praetorem ex duodecim tabulis fiebat", in Uebereinstimmung mit der Fassung der bei Gaius in IV, 16 erhaltenen actio duplex deutlich besagen, setzte nach dem Zwölftafelrecht die Vindication einer Sache stets die Gegenwart derselben voraus. Die pontificische legis actio in rem musste also so componirt gewesen sein, dass sie stets die Gegenwart des Rechtsobjectes voraussetzte, diese Gegenwart aber in der forma agendi durch die stets auf die redende Person sich beziehenden demonstrativen Pronomina: hic, haec, hoc, ihren Ausdruck fand. Die von Gaius angegebene forma der actio duplex ist also noch die alte pontificische actio duplex des Grundgesetzes. Setzte nun die pontificische Vindicationsformel die Gegenwart des Rechtsobjectes voraus, und war das Requisit dieser Gegenwart in der forma durch die demonstrativen Pronomina ausgedrückt, so war diese forma anwendbar, mochte das Rechtsobject ein bewegliches oder unbewegliches, eine Einzelsache oder ein Vermögensganzes sein: es war gleichgiltig, ob auf „hanc pateram, hanc navem, hunc gregem, hunc fundum, hanc hereditatem" hingewiesen wurde. Die von Gaius mitgetheilte actio duplex stellt sich also als die pontificische forma der vindicatio rei singularis und universalis dar. Die bewegliche und leicht transportable Sache wurde vor den richterlichen Magistrat geschafft, zur unbeweglichen oder schwer transportablen begab sich dieser selbst. Das Letztere muss auch für den Fall der Vindication eines Vermögensganzen oder einer Vermögensquote angenommen werden, weil in diesen Fällen der Nachlass des Verstorbenen in Augenschein zu nehmen, unter Zeugen festzustellen und für den Vollzug der legis actio individuell zu bestimmen war, wenn Kläger und Beklagter die Worte: hanc hereditatem aussprechen können sollten. Im alten pontif. Processe kam also die von Gaius mitgetheilte actio duplex bei der Vindication sowohl einer beweglichen oder unbeweglichen Einzelsache als eines Vermögensganzen so in Anwendung:

Vind. Hunc ego hominem (hanc pateram, hunc gregem, hunc fundum, hanc hereditatem) ex jure Quiritium meum (meam

meum, meam) esse aio secundum suam causam. Sicuti dixi, ecce tibi, vindictam imposui.

Contrav. Hunc ego hominem (hanc pateram, hunc gregem, hunc fundum, hanc hereditatem) ex jure Quiritium meum (meam, meum, meam) esse aio secundum suam causam. Sicuti dixi, ecce tibi, vindictam imposui.

Praet. Mittite hominem (pateram — discedite fundo —)

Vind. Postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris.

Contrav. Jus peregi sicuti vindictam imposui.

Vind. Quando tu injuria vindicasti — — sacramento te provoco.

Contrav. Similiter ego (= etiam ego te — — sacramento provoco).

Hierauf folgte die Ablegung des promissorischen Eides von Seite beider Parteien die gesetzliche poena temere litigantium zu sacriren, also zu deponiren und den Göttern zu widmen. Die Schwurformeln waren von den Pontifices componirt und diesen stand auch die Gerichtsbarkeit in Sachen des Meineides zu. Die praedes sacramenti waren also in dieser Zeit noch nicht zu stellen, weil die Strafen des Meineids die Erfüllung des eidlichen Versprechens sicherten (vgl. oben S. 165). Ich werde auf diesen Gegenstand noch unten zurückkommen. Hierauf nahm der Prätor die Besitzregulirung vor, und liess jene Partei, welche den Besitz erhalten hatte, für den Streitgegenstand und die Früchte dem Gegner Sicherstellung geben.

In der von Gaius angegebenen forma habe ich zunächst die Worte: „secundum suam causam" zu interpretiren, und meine obige (S. 223) Uebersetzung zu rechtfertigen. Es haben nun schon Andere [3]) nachgewiesen, dass causa auch die „Rechtslage", die „Rechtsqualitäten des Rechtsobjectes" bezeichnet, und darauf aufmerksam gemacht, dass die sua causa nicht auf die redende Partei bezogen werden könne, weil sonst diese nur „secundum meam causam" sagen müsste. Dem habe ich nur beizufügen, dass, weil die absoluten Rechte eben unmittelbare Beziehungen der Personen zu bestimmten Gegenständen ihres Interesses enthalten, von diesen Rechten auch die Rechtsobjecte unmittelbar ergriffen werden und dadurch rechtliche Eigenschaften erhalten, welche zur Einheit zusammengefasst sich als der dem Rechtsobjecte angehörende Rechtszustand (sua causa) darstellen. Gerade weil relative Rechte die Rechtsobjecte nicht unmittelbar ergreifen, vermögen sie für diese keine Rechtszustände zu begründen.

3) Moritz Voigt, Condictiones ob causam u. s. w. Bd. I. §. 9; Böcking, Pandekten Bd. I. §. 78, d, e; Jos. Unger, Ztsch. f. RG. Bd. VII. 2. Hft. S. 201, Note 19.

Da nun in der sua causa alle unmittelbaren Beziehungen der Personen zum nämlichen Rechtsobjecte enthalten sind, so gewährt die Clausel secundum suam causam die vollste Freiheit sowohl für den Angriff des Klägers als für die Vertheidigung des Beklagten. Eine directe Bestätigung dieser Natur und Function dieser Clausel enthält der Umstand, dass sie in der Formel der in jure cessio sachgemäss fehlt. Weil nun diese Clausel die Berufung auf den dem Rechtsobjecte angehörenden Rechtszustand enthält, und sich als eine sehr glücklich gewählte Angriffs- und Vertheidigungsclausel darstellt, so muss sie als ein wesentlicher Bestandtheil jeder processeinleitenden Vindicationsformel betrachtet werden [4]).

Einer näheren Bestimmung bedarf ferner der in der Gaianischen Vindicationsformel enthaltene Act des vindictam imponere. Weil Gellius die manus consertio in re praesenti mit der vindicatio und vindicia identificirt und sie zugleich als die vis civilis und festucaria bezeichnet, die Rechtsbehauptungen der Parteien aber diese vis civilis und festucaria nicht enthalten, so ist der ursprüngliche Begriff des vindicare (= vim dicere = Gewalt äussern) auf den Act des vindictam imponere zu beschränken, und dieser Act als der eigentliche Vindications-Act aufzufassen. Darum unterscheidet Gaius in II, 24 genau die Rechtsbehauptung des Cessionars von seinem Vindications-Acte, indem er zuerst den die Rechtsbehauptung enthaltenden Theil der forma der in jure cessio anführt, im Referate über ihre übrigen Theile aber dann bemerkt: postquam hic vindicaverit. Wenn aber Gaius in II, 194 das vindicare nur mehr als ein „rem suam ex jure Quiritium esse intendere" bezeichnet, so spricht er da eben von einer Formel, welche jenen Vindicationsact nicht mehr enthielt, und somit, gleich der späteren Condictio, bereits jenes Actes entbehrte, welcher ihr ursprünglich den Namen gegeben hatte. Es muss also auch der Vindicationsact als ein wesentlicher Bestandtheil einer jeden Vindication angesehen werden. Dies folgt auch aus der Bedeutung, welche dieser Act hatte. Weil nämlich das vindictam imponere die Ausübung eines absoluten Rechtes bedeutete, diese Ausübung also vorgenommen werden konnte, sowohl um ein eigenes Recht auszuüben, als um einem Anderen die Ausübung seines Rechtes zu bestreiten, so hatte dieser Act zugleich die Besitzregulirung zur nothwendigen Folge, wesshalb es ohne ihn weder eine Vindication noch eine Besitzregulirung gegeben hätte. Dadurch aber erklärt

4) Hinsichtlich der Interpunction stimme ich Huschke, a. a. O. bei.

sich zugleich die Nothwendigkeit der Frage nach dem Motiv des vom Contravindicanten vorgenommenen Vindicationsactes, weil dieser ausdrücklich zu erklären hatte, ob er diesen Act vornehme, um ein eigenes Recht auszuüben, oder, um seinem Gegner bloss die Ausübung seines Rechtes zu bestreiten [5]). Es mag nicht überflüssig sein, noch zu bemerken, dass die Ausdrucksformen: dixi, imposui dem Aorist entsprechen, welchen die Griechen im Dialog brauchten, und somit hier für uns die Bedeutung von dico, impono haben, wodurch zugleich das hohe Alter der von Gaius in IV, 16 angegebenen Vindicationsformel bezeugt wird.

Die pontificischen vindicationes juris in re übergeht Gaius in IV, 16 wohl nur aus dem Grunde, weil sie zu seiner Zeit nicht mehr, wie die actio duplex, praktisch waren, die Streitigkeiten über jura in re jene Natur der causae centumvirales also bereits verloren hatten, welche sie noch zur Zeit Cicero's hatten [6]). Waren sie aber einst causae centumvirales, so müssen sie als Vindicationen alle wesentlichen Bestandtheile einer Vindicationsformel enthalten haben. Zu diesen gehören aber ausser der von Keller [7]) in die forma aufgenommenen absoluten Rechtsbehauptung und absoluten Rechtsverneinung auch die Angriffs- und Vertheidigungsclausel (sua causa) und der Vindicationsact des vindictam imponere. Weil aber dieses vindictam imponere die Gegenwart des Objectes, an welchem ein jus geltend gemacht wird, erfordert, so setzt auch die vindicatio juris in re die Gegenwart dieses Objectes voraus, wesshalb auch die vindicationes juris in re die individuelle Bestimmtheit des Rechtsobjectes zur Voraussetzung hatten. Wenn nun die Lex 20. D. de servit. praed. rust. 8, 3: Si mihi — (con)cesseris — — uti frui eo jus esse, deinde ego (con)cessero jus mihi uti frui non esse, berücksichtigt wird, so gestaltet sich Keller's forma der actio confessoria so:

Vind. Aio mihi ex jure Quiritium (= ex lege) jus esse hoc fundo utendi fruendi secundum suam causam. Sicuti dixi, ecce tibi, vindictam imposui.

Contrav. Nego tibi ex jure Quiritium jus esse hoc fundo utendi fruendi secundum suam causam. Sicuti dixi, ecce tibi, vindictam imposui.

Praetor: Discedite fundo.

---

5) Ueber die Worte „ecce tibi“ z. vgl. Cicero de off. III, c. 21 §. 83; de orat. II, c. 22, §. 94. Adolf Schmidt de orig. Legis Act. p. 27, Not. 68.

6) Cicero de orat. I. c. 38: jactare se in causis centumviralibus, in quibus — — parietum, luminum, stillicidiorum — jura versentur.

7) Civilpr. S. 61 vgl. S. 113.

Vindic. Postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris.
Contrav. Jus tibi negavi sicuti vindictam imposui.

Hierauf folgten die Acte der acceptio judicii, der Ablegung des Sacrationseides, der Regulirung der quasi possessio und der Act der Litiscontestatio.

Demgemäss konnte auch die entsprechende actio negatoria nur so gelautet haben:

Vind. Nego tibi ex jure Quiritium jus esse me invito hoc fundo utendi fruendi secundum suam causam. Sicuti dixi, ecce tibi, vindictam imposui.
Contrav. Aio mihi ex jure Quiritium jus esse te invito hoc fundo utendi fruendi secundum suam causam. Sicuti dixi, ecce tibi, vindictam imposui.
Praetor: Discedite fundo.
Vind. Postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris.
Contrav. Jus peregi sicuti vindictam imposui.

Hierauf folgten die weiteren soeben angegebenen Acte.

In der formula petitoria hatte Keller (S. 113) die individuelle Bezeichnung des fundus, wie jede Vindication die individuelle Bestimmtheit des Rechtsobjectes voraussetzt, richtig aufgenommen, allein er hatte übersehen, dass die pontif. Vindicationsformel diese individuelle Bestimmtheit des Rechtsobjectes durch die demonstrativen Pronomina: hic, haec, hoc darum noch viel schärfer ausdrückte, weil ein vor den Augen liegendes Rechtsobject sich als ein so genau individuell bestimmtes darstellt, dass eine genauere Bestimmtheit desselben keine, wie immer beschaffene, Angabe seines Namens und seiner Merkmale erreichen kann.

Die vierte pontif. actio generalis enthielt also actiones duplices und simplices und hatte nach dem verfolgten Anspruche folgende Arten und Unterarten:

I) Die vindicationes rei singularis:
  1) rei ipsius,
  2) juris in re,
II) die vindicationes rei universalis vel universitatis.

Die Adaptirung der vierten pontif. actio generalis für die veränderten Verhältnisse der Jurisdiction des Prätor urbanus.

§. 48. Ich habe schon oben (S. 110) dargelegt, dass der zweite Prätor, welcher ursprünglich nur in der Eigenschaft eines vierten magistratus cum imperio eingesetzt wurde, auch den Prätor urbanus in den Acten der Gerichtsbarkeit zu unterstützen hatte, und dass

er nach der lex Aebutia den Prätor urbanus zwar nicht in der legalen Interpretation des Civilrechts und der obrigkeitlichen Rechtsetzung, wohl aber noch immer in der Gerichtsbarkeit vertreten durfte, unter den von Gellius in XX. 10 §. 9 erwähnten Prätoren also der erste und zweite Prätor zu verstehen sind. So lange nun die beiden Prätoren bloss die Geschäfte der Gerichtsbarkeit zu versehen hatten, war die Vindication an Ort und Stelle der unbeweglichen oder schwer transportablen Objecte und der Erbschaften nicht bloss praktikabel, sondern sie bot auch den grossen Vortheil, dass das Streitobject nach allen seinen zur Vindication und Besitzregulirung nöthigen individuellen Momenten in schärfster Weise bestimmt vorlag und auch über seine Identität jeder Zweifel ausgeschlossen war. Als nun der zweite Prätor die obrigkeitliche Rechtsetzung im Gebiete des internationalen Privatrechts, der erste Prätor aber ausser der obrigkeitlichen Rechtsetzung im Gebiete des Civilrechts auch noch die das Civilrecht betreffenden Geschäfte des Pontifical-Collegiums und des delegirten Pontifex erhalten hatte, musste diese Vindication für beide Prätoren unpraktikabel geworden sein, weil für einen viel Beschäftigten schon 100 Schritte ein langer Weg sein können. Der Prätor urbanus war also als custos juris civilis genöthigt, die vierte pontif. actio generalis für die veränderten Verhältnisse seiner Jurisdiction zu adaptiren. Dabei war er aber an zwei Bedingungen gebunden, die sich aus dem bisher Gesagten von selbst ergeben: er musste erstens durch seine Reform die zur Vindication und Besitzregulirung unabweislich nothwendige individuelle Bestimmtheit des Objectes und die Constatirung seiner Identität erreichen; er durfte zweitens bei seiner Reform die grundgesetzliche Vindicationsformel nicht antasten. Durfte aber die grundgesetzliche Vindicationsformel nicht alterirt werden, so konnte die pontif. legis actio, weil die Annahme eines ihr erst nachfolgenden Actes eine Zweckwidrigkeit enthält, nur einen dem oben bezeichneten Zwecke entsprechenden Vor-Act erhalten. Ein solcher Vor-Act wird nun nicht bloss ausdrücklich bezeugt, sondern es sind über denselben sogar drei Berichte vorhanden: der eine derselben enthält eine kurze Andeutung seiner jurististischen Natur und seines ganzen Anwendungsgebietes und rührt von einer fachmännischen Auctorität her (Gaius IV, 17); der zweite gibt zwar keine juristische, dafür aber eine sprachliche und geschichtliche Erklärung dieses Actes und gehört einem Literaten an, welcher zwar sonst sehr verlässlich ist, der aber gerade über diesen Act selbst gesteht, dass er seinen Sinn nicht kannte, und nach gepflogener Rücksprache mit Juristen sich erst

aus juristischen Schriften seiner Zeit darüber selbstständig Belehrung verschaffen musste (Gellius XX. 10.); den dritten Bericht verdanken wir einem Redner, welcher diesen Act zwar nur zur Verspottung der alten Jurisprudenz verwerthet, der aber gleichwohl die Formel desselben, wenn auch nicht getreu, so doch im Ganzen richtig angibt (Cicero pro Murena c. 12). Die beiden ersten Berichte gehören in dieselbe Zeit, weil Gaius und Gellius Zeitgenossen waren, und wurden auch aus Schriften des gleichen Inhaltes entlehnt, weil Gellius seinen Bericht an das Citat des bezüglichen Zwölftafelgesetzes anschliesst, Gaius selbst einen Zwölftafel-Commentar schrieb, über diesen Vor-Act also nur die Zwölftafel-Commentare benützt wurden, welche einerseits nicht so zahlreich waren, andrerseits aber bei der hohen Achtung der römischen Juristen vor den Arbeiten ihrer Vorgänger nicht viel von einander abwichen. Der dritte Bericht stammt noch aus einer Zeit, in welcher dieser Vor-Act nicht bloss mehr bei den wichtigsten Eigenthums- und Erbschaftsprocessen, wie zu Gaius und Gellius Zeiten [1]) in Anwendung kam, sondern noch in seinem ganzen von Gaius berichteten ursprünglichen Anwendungsgebiete in Uebung war.

Der Bericht des Gaius (IV, 17) lautet: Si qua res talis erat, ut non sine incommodo posset in jus adferri vel adduci, veluti si columna aut grex alicuius pecoris esset, pars aliqua inde sumebatur, deinde in eam partem quasi in totam rem praesentem fiebat vindicatio: itaque ex grege vel una ovis aut capra in jus adducebatur, vel etiam pilus inde sumebatur et in jus adferebatur: ex nave vero et columna aliqua pars defringebatur; similiter si de fundo vel de aedibus sive de hereditate controversia erat, pars aliqua inde sumebatur et in jus adferebatur et in eam partem perinde atque in totam rem praesentem fiebat vindicatio, velut ex fundo gleba sumebatur et ex aedibus tegula, et si de hereditate controversia erat, aeque — —.

Was nun Gaius hier über diesen Vor-Act mittheilt, beschränkt sich auf die Angabe seines ursprünglichen Anwendungsgebietes und darauf, dass bei der Vindication der von ihm bezeichneten Objecte ein Theil des Objectes rechtlich als ganzes Object behandelt wurde, dieser Vor-Act also auf der Fiction oder, wie Ihering [2]) diese kurz bezeichnet hat, auf der interpretatio extensiva beruhte. Allein diese an einem Theile des

---

1) Dialog. de orat cap. 38: centumvirales causae quae nunc primum obtinent locum.

2) Geist III. 1. S. 284.

Streitobjectes statt am Rechtsobjecte selbst vollzogene Vindication und Besitzregulirung konnte für sich allein weder den Zweck der Vindicatio, noch den der Besitzregulirung erreichen, weil sowohl die Vindication als die Besitzregulirung die individuelle Bestimmtheit des Streitobjectes und die Constatirung seiner Identität erfordern, die an einem Theile des Objectes vorgenommene Vindication und Besitzregulirung für sich allein also sogut wie keine gewesen wären.

So weitläufig nun der oben angeführte Bericht des Gellius ist, so gibt er über diesen Vor-Act dennoch keinen weiteren Aufschluss hinsichtlich des hier Vermissten, als der Bericht des Gaius, weil in dieser Beziehung auch Gellius sich darauf beschränkt, dass die Vindication nicht am fundus selbst, sondern an einer Scholle desselben vorgenommen wurde. Die einzige weitere Auskunft, die Gellius hierüber bietet, besteht darin, dass er ausdrücklich das ex jure manum consertum vocare als den Namen dieses Vor-Actes hervorhebt, und dadurch die Möglichkeit verschafft, in der von Cicero pro Murena c. 12 verspotteten Formel diesen Vor-Act wieder zu erkennen. Diese Formel, welche Keller (S. 58) nach Cicero restituirt, Dernburg durch den von Festus (v. superstites) bezeugten Zusatz: sumite vindicias, Huschke aber durch die genauere Bestimmung des von Cicero genannten fundus ergänzt hatten, lautet nun nach Keller mit den angegebenen Zusätzen wie folgt:

As.	Fundus Cornelianus, qui est in agro, qui Sabinus vocatur, eum ego ex jure Quiritium meum esse aio; inde ibi ego te ex jure manum consertum voco.
Ns.	Unde tu me ex jure manum consertum vocasti, inde ibi ego te revoco.
Praet.	Suis utrisque superstitibus praesentibus istam viam dico: Ite viam, sumite vindicias.
	Die Parteien gehen mit den Zeugen die Scholle zu holen.
Praet.	Redite viam.

Huschke's Zusatz „Cornelianus" ist darum nothwendig, weil die Vindication und Besitzregulirung die genaueste individuelle Bestimmtheit des Streitobjectes erfordert, wie noch in der jüngst zu Bonaura in Spanien aufgefundenen Tafel über eine Mancipatio fundi fiduciae causa [3]) nicht nur der mancipirte fundus als fundus Baianus, qui est in agro, qui Veneriensis vocatur, näher bestimmt wird, sondern auch sogar seine Gränzen angegeben werden.

---

3) Die Inschrift mitgetheilt und besprochen von Degenkolb in der Ztsch. f. RG. IX. Bd. Hft. 1, S. 119 fg.

Sowohl über die s. g. actio in rem de fundo als über den Sinn des angeführten Vor-Actes weichen die zahlreichen Ansichten sehr bedeutend von einander ab [4]).

Ueber die bisherige Annahme einer besonderen actio in rem de fundo ist schon Huschke (S. 191) zu dem Ergebniss gelangt, dass das ex jure manum consertum vocare nicht bloss bei Grundstücken, sondern bei allen abwesenden und nur durch einen Theil vertretenen Sachen statt finden musste, was sowohl der Darstellung des Gellius, der zunächst allgemein von res longinquae, dann aber, wie Cicero, nur beispielsweise von einem ager rede, als der des Gaius (IV, 17) entspreche, welche nicht die unbeweglichen und beweglichen, sondern die beweglichen Sachen, welche vor Gericht gebracht werden konnten, von den übrigen unterscheiden. Meines Erachtens hebt Gellius die Vindication eines fundus nur darum ausdrücklich hervor, weil in seiner Zeit dieser Fall der Anwendung dieses Vor-Actes der häufigste war und auch am kürzesten dargestellt werden konnte (verba ex antiquis actionibus, quae cum lege agitur, dici nunc quoque apud praetorem solent); Cicero aber war schon durch den Zweck der Erwähnung dieses Actes auf die geläufigste und kürzeste Formel angewiesen.

Weil Keller bei der Restitution der legis actio in rem de fundo davon ausging, dass die von Gaius in IV, 16 angegebene Vindicationsformel nicht alterirt werden dürfe, ein der legis actio nachfolgender Zusatz aber absurd wäre, so stellte er die von Cicero angegebene Formel der Gaianischen actio duplex voran, obwohl auch er das vindicare hier nicht im ursprünglichen Sinne des vindictam imponere, sondern im späteren Sinne des rem suam ex jure Quiritium esse intendere aufgefasst hatte und dadurch von Seite Dernburg's die Einwendung hervorrief, dass seine legis actio in rem de fundo zwei Vindicationen enthalte, eine Einwendung, welche auch von Römer nicht widerlegt wurde, und selbst Keller wieder in Zweifel versetzt hatte [5]). Um nun von den vermeintlichen zwei Vindicationen Eine zu entfernen, schiebt Dernburg den Vor-Act des ex jure m. c. v. und die von Gaius mitgetheilte actio duplex in einander, lässt in der letzteren die sua causa weg, nimmt aber die

---

4) Keller, Civilprocess, S. 56; Dernburg, Heidelb. Kritisch. Ztsch. f. gesammt. R. W. I. Bd. S. 467 fg.; Römer, Münch. Krit. Ueberschau VI. Bd. S. 378 fg.; Rudorff, RG. II S. 132; Bethmann-Hollweg, Civilpr. II. S. 231; Ihering, Geist, II. 2, S. 554, Note 783; Karlowa, Beiträge zur Gesch. des Röm. Civilpr. S. 6—9; Huschke, Ztsch. f. RG. VII. Bd. 2. Hft. S. 181 fg.

5) Z. s. Civilpr. S. 58, Note 213. 3. Aufl.

von Valerius Probus angegebenen Worte: quando te in jure conspicio in dieselbe auf, um dadurch den Act des vindictam imponere zu motiviren. Allein abgesehen von der unabänderlichen Natur der grundgesetzlichen Vindicationsformel, sind vorerst die von Valerius Probus angegebenen Worte, welche sich doch wohl nur auf die interrogationes in jure beziehen, darum nicht geeignet, den Vindications-Act zu motiviren, weil die Ausübung eines Rechtes nicht durch in jure aliquem conspicere, sondern nur durch die vorausgehende Behauptung des eigenen absoluten Rechtes motivirt werden kann. Aus dem, was ich oben über die Bedeutungen des Ausdrucks vindicare dargelegt habe, folgt aber von selbst, dass dieser Vor-Act keine Vindication enthält. Das Vorhandensein einer Vindication in diesem Vor-Acte hat vor mir schon Karlowa entschieden in Abrede gestellt, und auch Huschke glaubte das vindicare „im weiteren und eigentlichen Sinne“ unterscheiden zu müssen. Rudorff lässt mit Keller den Vor-Act des ex jure m. c. v. der actio duplex unmittelbar vorangehen, lässt aber aus letzterer ebenfalls die „sua causa“ weg. Wenn nun meine Auffassung der sua causa als der Angriffs- und Vertheidigungsclausel richtig ist, so ist diese Clausel ein wesentlicher Bestandtheil jeder processeinleitenden Vindication und kann somit auch hier nicht entbehrt werden. Ich gelange also mit Keller zu dem Ergebnisse, dass der Act des ex jure m. c. v. der alten legis actio in rem unmittelbar voranging, ohne auf diese irgend welchen modificirenden Einfluss auszuüben.

Gegen Kellers auf Gellius gegründete, wohl nicht ausreichende Erklärung dieses Vor-Actes (S. 56) hat Ihering eingewendet, „dass nach seiner Auffassung die Parteien im Widerspruch mit der Formel das manum conserere in jure vornehmen und (vermöge der Scholle) ein Grundstück vor Gericht bringen, extra jus hingegen das nicht thun, zu dem sie sich durch die Formel auffordern, nämlich das manus conserere, und wiederum sich nicht auffordern zu dem, was sie thun, nämlich zum Holen der Scholle. Mit der Rückkehr vor Gericht sei vielmehr der Act des manum conserere beendet, nach Keller aber beginne er erst jetzt.“ Wenn nun Ihering das manum conserere extra jus vollzogen werden lässt, so ist, wie ich glaube, dabei übersehen, dass nach der Formel die Parteien sich zwar ex jure, d. h. vom Prätor weg, entfernen, um an dem fictiven Grundstück selbst das manum conserere vorzunehmen, dass sie aber vom Prätor selbst durch den Befehl: sumite vindicias, redite viam, an der Vornahme des manum conserere extra jus gehindert werden. Das manum conserere erfolgt also trotz des ex jure manum cons. voc. in Folge der Rückberufung des

Prätors doch nur in jure, allein dieses wird jetzt nur in der Form des der legis actio in rem angehörenden Vindications-Actes und nicht am fictiven Grundstücke selbst, sondern an der mitgebrachten Scholle (vindicia) vollzogen. Würden die Parteien wirklich extra jus am fictiven fundus selbst das manum conserere vornehmen, dann wäre des Prätors Befehl: sumite vindicias, redite viam völlig unmotivirt, und man müsste von den zum Prätor zurückgekehrten Parteien vielmehr die Erklärung erwarten, dass sie nun das manum conserere am fundus selbst bereits vollzogen hätten. Weil ihnen aber der Prätor vor dem Vollzuge jenes Actes die vindiciae zu nehmen und mit diesen zu ihm zurück zu kehren befiehlt, so befiehlt er ihnen auch, das manum conserere vor ihm, also in jure, vorzunehmen. Durch die ersten Sätze der Formel geben also die Parteien zwar die Absicht kund, extra jus das manum conserere vorzunehmen, allein der Prätor selbst zwingt sie die Vindication vor ihm in der Form des der legis actio in rem angehörenden Vindications-Actes an der herbeigebrachten Scholle zu vollziehen. — Kellers Erklärung dieses Vor-Actes halte ich darum für verfehlt, weil er dabei die ganz unjuristische Auffassung des Gellius zu sehr berücksichtigt hatte, und darum genöthigt war, zwei Entwicklungsphasen dieses Vor-Actes anzunehmen, deren eine Gellius, die andere aber Cicero wiedergebe. Allein der Umstand, dass Gellius selbst das ex jure manum consertum vocare als verba ex antiquis actionibus bezeichnet, dann die in der Formel enthaltenen Worte „manum conserere“, „vindicia“, und das „vindicare in gleba“ erklärt, zeigt zur Genüge, dass er damit nur eine zu seiner Zeit noch praktische Formel (verba — quae dici nunc quoque apud praetorem solent) selbstständig erklären wollte, ihren wahren Sinn aber aus Mangel an Verständniss der juristischen Fiction ganz verfehlt hatte. Gellius erklärt selbst die Worte ex jure m. c. v. als einen Bestandtheil alter Actionen oder formae agendi, bezeichnet aber dennoch diesen Vor-Act als einen tacito consensu (wohl des Prätors und der Parteien) entstandenen, also als einen gewohnheitsrechtlichen. Allein dass die Formeln des ältesten römischen Civilprocesses kein Product des Gewohnheitsrechtes sind, hat schon Ihering überzeugend nachgewiesen. Geradezu unerklärlich aber bliebe es, wie das Gewohnheitsrecht Formeln sollte geschaffen haben, welche, wie es die Formel dieses Vor-Actes thut, sogar dem Prätor den Zwang auferlegten, bestimmte Worte zu sprechen. Dass diese Erklärung der Entstehungsart dieses Actes nur eine subjective Ansicht des Gellius ist, zeigt deutlich der Umstand, dass Cicero (pro Murena c. 12) diesen durch die Formel dem Prätor auferlegten Zwang

drücklich spottend hervorhebt, die Formel aber nicht dem tacitus consensus, sondern den alten Juristen zuschreibt: Praetor interea ne pulchrum se ac beatum putaret, atque aliquid sua sponte loqueretur, ei quoque carmen compositum est, cum in ceteris rebus absurdum, tum vero in illo: Suis utrisque superstitibus praesentibus istam viam dico. Wie es sicher unzulässig ist, anzunehmen, dass der Prätor urbanus mit den Parteien stille Verabredungen traf, wie das Grundgesetz umgangen werden könne, und dass aus solchen stillen Verabredungen eine Formel entstand, welche sich sogar den Prätor unterordnete, eben so sicher dürfte sich aus meinen bisherigen Darlegungen ergeben, dass die Juristen, welche einen solchen Zwang dem Prätor urbanus auferlegen konnten, nur die Fachmänner des Pontifical-Collegiums waren, welche auch nach der lex Aebutia es nicht unterliessen, den Prätor urbanus bei der Composition neuer Formeln mit ihren Gutachten ernst zu unterstützen.

Wie ferner der Inhalt der Formel und der Ort, an welchem sich dieser Vor-Act vollzieht, deutlich erkennen lassen, beschränkt sich die Fiction nicht bloss darauf, dass ein Theil des Streitobjectes rechtlich als das Streitobject selbst behandelt wird, sondern der ganze Act beruht auf der Fiction: Der Ort, wo der Prätor steht, wird rechtlich als ein dem Streitobjecte nahe gelegener Ort, die Stelle, an welcher der mitgebrachte Theil des Streitobjectes liegt, als Ort und Stelle des Streitobjectes, und der Theil selbst als das ganze Object behandelt [5a]). Das Alles aber fasst Gellius mit völliger Verkennung der Fiction in dem Sinne auf, dass einst in Wirklichkeit die Parteien vor dem Prätor nur darum erschienen, um sich vor ihm zum manum conserere aufzufordern, dann aber sofort sich zum Streitobjecte selbst begaben, dort einen Theil desselben sich nahmen und mit diesem sogleich wieder zum Prätor zurückkehrten, um daran die Vindication vorzunehmen. Welchen Sinn aber soll eine Reform der pontif. legis actio in rem haben, welche darin bestände, dass die Parteien bloss zu dem Zwecke vor dem Prätor erscheinen, um sich vor ihm zum Holen einer Scholle aufzufordern, dann aber heimkehren, um den nämlichen Weg noch einmal zurück zu legen? Und dies soll in der Zeit tacito consensu eingeführt worden sein, in welcher sich Rom bereits als italische

5a) Ein interessantes Analogon dieses Actes meldet uns Servius zur Aen. II, 178: Postquam vero imperium longius prolatum est, ne dux ab exercitu diutius abesset, si Romam ad renovanda auspicia de longinquo revertisset, constitutum est, ut unus locus de captivo agro Romanus fieret in ea provincia, in qua bellabatur, ad quem, si renovari opus esset auspicia, dux rediret.

Grossmacht zu constituiren hatte! Meine Annahme, dass Gellius die Fiction, auf welcher dieser Vor-Act beruht, völlig verkannt hatte, wird mir zur Gewissheit, wenn ich berücksichtige, dass auch der von Gellius befragte gelehrte Grammatiker diesen Vor-Act nicht zu verstehen bekennt, und dass sogar Cicero, dem doch eine ungleich grössere Kenntniss des alten Rechtes zuerkannt werden muss, den Muth haben konnte, diesen Act in öffentlicher Rede seinen Zuhörern als einen lächerlichen und ungereimten darzustellen (haec ridicula, — ineptiis fucata). Nur für Nichtjuristen sei es hier bemerkt, dass dieser Act nichts Lächerliches und Ungereimtes enthält, und dass die Fiction sogar noch heutzutage das ganze Rechtsgebiet beherrscht, indem noch heutzutage z. B. ein Adoptivsohn rechtlich als ein in legitimer Ehe erzeugter Sohn, und das Schiff eines Staates rechtlich als ein Theil seines Territoriums behandelt wird.

Gellius hat aber nicht bloss die Natur dieses Actes verdunkelt, sondern er hat dadurch auch die richtige Erfassung der in der Formel gebrauchten Ausdrücke erschwert.

Weil das Wort vocare nicht bloss in der Aufschrift, sondern auch im Eingang des Kapitels und in der Stelle des Ennius fehlt, glaubte Huschke den Ausdruck ex jure im Sinne von ex jure Quiritium fassen und nicht mit vocare, sondern mit conserere verbinden zu müssen. Ich kann dieser Auffassung nicht beistimmen, weil dabei das Supinum „consertum“ unerklärt bleibt und die auch von Cicero (ad fam. 7. 13) bezogene Stelle des Ennius unrichtig interpretirt wird. Bei Ennius und Cicero ist nämlich das „rem repetere“ nicht im Sinne „eine Sache zurückfordern“ gebraucht, sondern in seiner ursprünglichen Bedeutung „auf jene Sache losgehen, auf welche man einen Anspruch hat“, so dass bei Ennius das Supinum „consertum“ von repetere abhängt, dieses also hier das vocare vertritt. Ennius sagt also: Sie gehen auf die Sache, auf welche sie Ansprüche erheben (vgl. poenam reddere) nicht ex jure (vom Prätor weg) in der Absicht los, um an ihr die vis civilis oder das manum conserere (= zusammen Hand anlegen) vorzunehmen, sondern sie gehen auf dieselbe vielmehr mit dem Schwerte los, und verfahren nicht mit nur scheinbarer, sondern wirklicher Gewalt.“ Ist ferner das „ex jure“ nicht im örtlichen, sondern im rechtlichen Sinne zu nehmen, und mit conserere zu verbinden, dann ist auch das viam ire und redire der Parteien völlig unmotivirt, weil dann nicht einzusehen ist, warum die Scholle gerade einige Schritte entfernt liegen musste und warum die Parteien nicht ohne jeglichen Gang das manum conserere an ihr vorzunehmen sich aufforderten.

Wenn Ennius, welcher von 515 bis 585 lebte [6]), diesen Act als einen gemein bekannten sogar zum Zwecke eines Gleichnisses verwerthen durfte, so ist es einleuchtend, dass die in demselben gebrauchten Ausdrücke nur alterthümlich sein können. Dies kann freilich vom ersten Satze, welcher in jedem Processfalle eine andere Individualität des Rechtsobjectes auszudrücken hatte, nicht gelten, allein der zweite Satz war in jedem Processfalle gleichlautend, ist somit noch in seiner ursprünglichen Fassung vorhanden. Darum ist in demselben mit hoher Kunst das Wort „ibi = daran," gewählt, weil dieses Wort für in eo, in ea, in iis brauchbar ist. Dass auch die übrigen Sätze unveränderlich waren, folgt daraus, dass sie eben „verba ex antiquis actionibus" waren. Auffallend ist in der Formel zunächst der im Sinne von etiam, vicissim vocare gebrauchte Ausdruck revocare, allein ein Vergleich des vocare und revocare mit promittere und repromittere, stipulari und restipulari vermag auch diesen Gebrauch zu erklären. Plautus (Captiv. IV, 2, v. 118-120) gebraucht sogar respondere im Sinne von vicissim spondere. Das erste „inde" ist zweifellos im Sinne von „in Folge dessen, darum" gebraucht, wesshalb auch das zweite „inde" in keinem andern Sinne genommen werden darf. Ist aber das „inde" im Sinne von „ob eam rem" zu nehmen, dann ist auch das „unde" nicht im örtlichen Sinne, sondern im Sinne des der alten legis actio eigenthümlichen „quando" zu fassen [7]). Noch glaube ich bemerken zu müssen, dass suis — superstitibus praesentibus ein Ablativus Modi ist für cum suis - superstitibus praesentibus.

In das uns geläufige Latein übertragen lautet also diese Formel wie folgt:

As.	Fundus Cornelianus, qui est in agro, qui Sabinus vocatur, eum ego ex jure Quiritium meum esse aio; ob eam rem ego te in eo ex jure manum consertum voco.
Ns.	Quando tu me ex jure manum consertum vocasti, ob eam rem etiam ego te in eo (scil. manum consertum) voco.
Praet.	Suis utrique parti testibus praesentibus istam viam impero. Ite viam. — Redite viam.

6) Bernhardy, Röm. Litt. 4. Aufl. S. 405.

7) Zu sehen auch Halm, Cicero's ausgewählte Reden, 7 Bändchen, S. 37; Tischer, Cicero's Rede pro Murena S. 26. Karlowa's und Huschke's Hinweisungen auf Stellen, in welchen ibi für eo gebraucht ist, halte ich hier für entbehrlich.

Die Erklärung des Klägers enthält nichts als eine editio actionis durch Behauptung des absoluten Rechtes und durch individuelle Bezeichnung des Rechtsobjectes, und als Folge davon eine vocatio ad vindicationem, welche der Beklagte sofort acceptirt, worauf der Prätor die wirkliche Vindication an der herbeigebrachten Scholle in der Form der alten legis actio in rem vermittelt. — Es ist nun nicht schwer, auch den Zweck dieses Actes näher zu bestimmen. Ich habe schon oben nachgewiesen, dass der Prätor urbanus bei der Reform der pontif. legis actio in rem an zwei Bedingungen gebunden war: er durfte die grundgesetzliche legis actio nicht antasten und er musste die zur Vindication und Besitzregulirung unabweislich nothwendige individuelle Bestimmtheit des Rechtsobjectes und die Constatirung seiner Identität erreichen. Beide Bedingungen werden durch diesen Vor-Act erfüllt. Was die Parteien einst an Ort und Stelle des unbeweglichen oder schwer transportablen Rechtsobjectes thaten, das thun sie noch jetzt, oder was der Prätor ihnen einst dort gebot, das gebietet er ihnen hier noch jetzt: der ganze Unterschied zwischen diesem Einst und Jetzt besteht darin, dass der einst an Ort und Stelle des unbeweglichen oder schwer transportablen Rechtsobjectes vorgenommene eigentliche Vindications-Act jetzt durch die legale Interpretation in zwei Acte oder Theile zerlegt wird, von denen der eine aussergerichtlich, der andere gerichtlich zur Erscheinung gebracht wird. Der aussergerichtliche Act enthält die unter Zeugen an Ort und Stelle vorgenommene Bestimmung der Individualität des Streitobjectes und die Constatirung seiner Identität, sowie die Ausübung des behaupteten Rechtes an demselben, was bei Grundstücken ohne Zweifel in der Form einer versuchten, aber abgewehrten dejectio, bei anderen Objecten aber wohl nur durch die manus consertio sinnlich fassbar für die Zeugen kund gegeben wurde. Ich zweifle nicht, dass die räthselhafte deductio, quae moribus fit, als aussergerichtlicher Act hieher gehört, und die hier angegebene Bestimmung hatte. Der gerichtliche Act enthielt die vor Gericht ausgesprochene Bestimmung der Individualität des Streitobjectes und die gerichtliche Constatirung seiner Identität durch die nämlichen Zeugen, welche das Rechtsobject selbst in Augenschein genommen hatten und unter deren Augen jener Theil von ihm gelöst worden war, welcher dann in jure in ihrer Gegenwart als das Rechtsobject selbst behandelt wurde. Ich brauche nicht zu sagen, dass dieser gerichtliche Act der so eben besprochene Vor-Act des ex jure m. cons. v. war.

Die Parteien gingen also mit ihren erbetenen Zeugen zu dem unbeweglichen oder schwer transportablen Einzel-Object oder zum

Nachlass des Verstorbenen; der Kläger edirte dort die actio, worauf das Rechtsobject zur Bestimmung seiner Individualität und zur Constatirung seiner Identität in Augenschein genommen und vor den Zeugen die Ausübung des Rechtes von Seite beider Parteien durch die deductio, quae moribus fit, oder durch manus consertio versinnlicht wurde; dann lösten sie einen Theil vom Streitobjecte ab und begaben sich mit denselben Zeugen, welche sowohl das Rechtsobject selbst als dessen losgelösten Theil kannten, vor den Prätor, um vor ihm vorerst die vocatio ad vindicationem, dann aber die Vindication an dem mitgebrachten Theile vorzunehmen.

Hinsichtlich der bestrittenen deductio, quae moribus fit[8]), gelange ich mit Savigny, Rudorff[9]), Huschke[10]) und Bethmann-Hollweg gegen Keller zum Ergebniss, dass sie der legis actio in rem per sacramentum angehörte. Ebenso muss ich mich mit Bethmann-Hollweg[11]) dafür entscheiden, dass sie auf die Entscheidung in der Besitzfrage keinen Einfluss hatte, muss sie aber auch für die legis actio in rem per sponsionem et sacramentum und für das interdictum uti possidetis (Karlowa) annehmen, weil die individuelle Bestimmtheit des Rechtsobjectes für jede Besitzregulirung nothwendig ist.

Die vierte pontif. actio generalis erhielt also bei der Reform an dem besprochenen Act des ex jure m. c. v. durch die legale Interpretation des Prätor urbanus einen neuen gesetzlichen Vor-Act, welcher in allen oben bezeichneten Fällen in Anwendung kam, und sie für die Zukunft wieder vollkommen brauchbar machte. Damit aber war die Reform dieser vierten actio generalis noch nicht abgeschlossen: durch die Voranstellung dieses neuen gesetzlichen Vor-Actes war diese legis actio generalis zwar für die Verfolgung und Vertheidigung aller civilen oder gesetzlichen Eigenthums- und Erbrechtsansprüche wieder in allen Fällen brauchbar geworden, sie konnte aber nicht zur Verfolgung und Vertheidigung der Ansprüche aus dem prätorischen Eigenthum und Erbrecht in Anwendung kommen. Um nun auch für diese Ansprüche brauchbare legis actiones in rem zu gewinnen, stellte der Prätor urbanus der auf eine Geldscheinleistung gerichteten legis actio in person. stricti juris nach

8) Zu sehen das lichtvolle Referat Savigny's über diese Frage, in seinen Vermischten Schriften, Bd. I. S. 299—307, S. 311—314. Jetzt auch Bethmann-Hollweg Civilpr. I. S. 133, Note 17, II. S. 231 fg., Karlowa, Beiträge, S. 27 fg. Glück-Leist, I. Thl. S. 128 fg; Krüger, Kritische Versuche, S. 66—87.

9) RG. II. S. 128.

10) In Gaius, S. 189 sucht Huschke theilweise zu vermitteln.

11) Civilpr. II. S. 840.

seinem Bedürfnisse jenen gesetzlichen Vor-Act voran, welchen ich oben (S. 171 fg.) erörtert und als provocatio sponsione ad judicium bezeichnet habe, wozu sich die vocatio ad vindicationem als ein völlig analoger Act darstellt, und wodurch es zugleich völlig deutlich wird, dass die Reform in allen Beziehungen wohl durchdacht und planmässig durchgeführt wurde. Es versteht sich aber von selbst, dass eine solche Reform nur durch die Fachmänner des Pontifical-Collegiums durchdacht und vorgeschlagen werden konnte.

Capitel XI.

Die erste pontif. actio generalis und die Adaptirung der ersten Hauptart derselben zur Geltendmachung des Anspruchs aus dem formfreien Darlehn und der vom Prätor proponirten Exceptionen.

Vorbemerkungen.

§. 49. Ich habe hier an den oben (S. 193—210) geführten Beweis zu erinnern, dass es vor den leges Juliae zur Geltendmachung der vom Prätor proponirten Actionen und Exceptionen in judiciis legitimis, den vier genera actionum entsprechend, vier genera sponsionum praejudicialium gab, dass römische Schriftsteller die praejudicielle Funktion der Sponsio mit dem prätorischen Rechte und seiner Begründung in Zusammenhang bringen und noch eine Reihe von Zeugnissen erhalten ist, aus welchen sich die Sponsio als das Organ zur Geltendmachung des prätorischen Rechtes in judiciis legitimis nachweissen lässt. Hieher gehören die Zeugnisse des Valerius Maximus (VIII, 2, §. 2) und Plautus (Rudens V, 3, 13—26) über Sponsionen, in welche prätorische Exceptionen nur darum eingekleidet wurden, um ihnen civile Wirksamkeit gegen Ansprüche aus civilen Obligationen zu verschaffen; die Zeugnisse des Valerius Maximus (VII, c. 1 §. 2 und c. 7 §. 5) und Cicero (de orat. I. c. 39) über Conflicte des prätorischen Notherbenrechts mit dem civilen testamentarischen Erbrecht, und des prätorischen Intestaterbrechts mit dem civilen Intestaterbrecht, welche vor den Centumvirn in der Form der legis actio in rem per sponsionem et sacramentum ausgetragen wurden; das Zeugniss Ciceros (de orat. I, c. 40) über eine status quaestio (de civitate Manini), welche vor den Centumvirn nur durch die legis actio in rem per spons. et sacram. entschieden werden konnte, und des Plautus (Rudens III, 4, v. 6 sqq.) über eine Sponsio praejudicialis zur Entscheidung einer causa liberalis; endlich das Zeugniss

Cicero's (in Verrem II lib. I c. 45), dass der Conflict des prätorischen Erbrechts aus einem prätorisch wirksamen Testamente mit dem civilen Intestat-Erbrecht in der Form der legis actio in rem per sponsionem et sacram. ausgetragen wurde.

Die erste pontif. actio generalis.

§. 50. Wie die legis actio in pers. stricti jur. in jus composita vor der schon oben (S. 84 fg.) besprochenen lex Pinaria lautete, darüber bestehen unter den Processlehrern keine wesentlichen Meinungsverschiedenheiten. Die absolute und unbeschränkte Rechtsbehauptung des Klägers wird von Valerius Probus 4, 1 angedeutet: aio te mihi — dare oportere, und da diese actio eine actio stricti juris war, und somit jede nachfolgende nähere Bestimmung des klägerischen Uebereigungs-Anspruchs ausschloss, so musste dieser von vornherein allseitig genau bestimmt (quid, quale, quantum) vorliegen. Dass diese Bestimmtheit sogar auch hier eine individuelle, und bei vertretbaren Gegenständen der Uebereigung eine der letzteren gleichkommende sein musste, darauf werde ich noch unten in einem anderen Zusammenhange zurückkommen. Das oportere bezeichnet eine bestehende civilrechtliche oder gesetzliche Verpflichtung und stellt sich mir nach den oben (S. 221) citirten Ausführungen Iherings als eine der sua causa entsprechende Angriffs-Clausel dar. Aus diesem Grunde glaube ich gegen Bethmann-Hollweg [1]) annehmen zu müssen, dass in die Worte der legis actio nicht einmal die formelle causa debendi (ex sponsu) aufgenommen wurde, wie auch das von Cicero pro Roscio Comoedo c. IV. 11 angegebene judicium diese causa wirklich nicht enthält. Weil ferner die Verneinung des Beklagten der klägerischen Rechtsbehauptung genau entsprechen musste, so war auch sie eine absolute und unbeschränkte und stellte als solche den rechtlichen Bestand des ganzen klägerischen Uebereigungs-Anspruchs in Abrede. Das verneinte oportere gestaltete sich also hier zur Vertheidigungsclausel. Durch diesen directen Gegensatz der Behauptungen der Parteien war nun die richterliche Entscheidung nothwendig geworden, wesshalb jetzt der Kläger den Beklagten zum judicium herausfordern, der Beklagte aber diese Herausforderung dadurch annehmen musste, dass auch er den Kläger zum judicium herausforderte. Hiermit sind aber bereits die wesentlichen Elemente des judicium privatum gegeben: Dem Conflicte der Behauptungen der Parteien folgt unmittelbar deren Willenseinigung, sich dem judicium und seinen gesetzlichen Folgen zu unterwerfen.

---

1) Civilprocess I. S. 148.

Weil aber der klägerische Anspruch in keiner Beziehung einer näheren Bestimmung bedarf, und die Behauptungen der Parteien einander absolut ausschliessen, so muss in diesem Falle entweder die eine oder die andere Partei sich einer böswilligen oder leichtfertigen Processführung schuldig machen. Darum mussten die gegenseitigen provocationes hier interposito sacramento erfolgen. Weil endlich der judex durch diese forma agendi von jeder näheren Bestimmung des klägerischen Uebereigungs-Anspruchs ausgeschlossen war, so war hier auch kein Bedürfniss vorhanden, den Parteien die Wahl eines Geschwornen ihres besonderen Vertrauens zu gestatten. Es folgte also auf die Ablegung des Sacrationseides unmittelbar die litiscontestatio. Die Erfüllung der durch den Sacrationseid übernommenen Verpflichtung sicherte die Strafe des Meineids. Diese Darstellung enthält zwar eine durch die bisherigen Ergebnisse meiner Untersuchungen veranlasste Modification in der bisherigen Auslegung dieser forma agendi, allein sie hat dieselbe forma agendi zur Grundlage, welche auch die bisherigen Restitutionen dieser legis actio enthalten. — Bestrittener ist die Frage, welchen Einfluss die lex Pinaria auf diese legis actio ausübte. In dieser Beziehung habe ich schon oben (S. 84) die Gründe angegeben, warum ich der Meinung nicht beistimmen kann, dass dieses Gesetz den judex unus eingeführt habe. Rudorff[2]) nimmt für „kleine Sacraments-Sachen" eine judicis arbitrive postulatio und im Anschluss an diese die gegenseitige Aufforderung der Parteien an, sich am gleichen nächsten Monatstage, seit der lex Pinaria aber vielleicht schon am 10. Tage zur Annahme eines judex einzufinden. Allein eine allgemeine Bitte um einen judex erscheint mir darum überflüssig, weil der richterliche Magistrat, wenn er den Parteien die provocationes ad judicium gestatten musste, auch verpflichtet war, ihnen das judicium hier eben so ohne eine solche allgemeine judicis postulatio zu gewähren, wie in den Fällen, wo nicht der Einzelngeschworne, sondern eine Geschwornen-Decurie competent war. Ich glaube also, dass die Parteien einen judex im Allgemeinen gar nicht erst zu erbitten hatten, um so weniger brauchte sich dann eine Partei allein, etwa der Kläger, mit einer solchen allgemeinen Bitte an den richterlichen Magistrat zu wenden. Weiter habe ich beizufügen, dass, wenn diese legis actio den von Rudorff angenommenen Act der judicis arbitrive postulatio enthalten hätte, sie nothwendig auch legis actio per judicis arbitrive postulationem geheissen hätte, weil nach Rudorff (S. 82) dieser Act eben bei jener legis actio vorkam, welche

2) RG. II S. 78.

von ihm ihre Bezeichnung erhalten hatte. Auf die Wesenheit und die dadurch bedingte Fassung dieses Actes werde ich unten zurückkommen, hier habe ich nur so viel hervorzuheben, dass mir die judicis arbitrive postulatio als ein besonderer Act einer legis actio nur in so fern motivirt erscheint, als vom richterlichen Magistrat eine bestimmte Vertrauensperson als judex oder arbiter (nicht erbeten, sondern) verlangt wird (postulatur), die Parteien also dadurch ein ihnen verfassungsmässig zustehendes Eigenrecht ausüben. Die lex Pinaria bringt Rudorff mit Mommsen [3]) und Böcking [4]) mit dem dies in Verbindung, quo (litigatores) ad judicem accipiundum venirent. So lückenhaft nämlich auch die hieher gehörige Stelle bei Gaius (IV, 15) erhalten ist, so sind nach dem „Apographum" Böckings doch die Worte: „ad judicem accipiundum venirent. Postea vero reversis dabatur — — XXX judex: idque per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem — — dabatur judex" noch deutlich lesbar, wesshalb es wohl keinem Zweifel unterliegt, dass dieses Gesetz sich nicht auf den judex unus, sondern auf den Termin bezog, an welchem die Parteien vor dem richterlichen Magistrat zur Annahme des judex zu erscheinen hatten. Wenn nun die „denuntiatio diei, quo (litigatores) ad judicem accipiundum venirent, wie Rudorff annimmt, einen besonderen Act dieser legis actio bildete, so kann die Bedeutung dieses Actes nicht darin bestanden haben, dass die Parteien sich etwa den dies ankündigten, der ihnen bereits durch die bisherige Gesetzgebung festgestellt war. War also die lex Pinaria kein überflüssiges Gesetz und hatte sie sich auf den erwähnten Termin bezogen, so kann sie den Parteien hinsichtlich desselben nur ein neues Eigenrecht gewährt haben. War aber dies der Fall, dann konnte sich dieses nur auf die den Parteien eingeräumte gemeinsame Bestimmung dieses Termins bezogen haben. Wenn also Mommsen (a. a. O.) aus sachlichen Gründen für Gaius IV, 15 die Leseart vorschlägt: Postea reversis dabatur die X vel XXX judex, idque per legem Pinariam factum est, ante eam autem legem (semper die XXX) dabatur judex, so spricht er damit den Parteien ebenfalls das Recht der Wahl dieses Termins zu, und gelangt zu einem Resultate, welches mit dem hier aus anderen Prämissen gewonnenen im Wesentlichen übereinstimmt. Mommsen's und Böcking's Restitution dieser schwierigen Stelle erscheint mir also ganz sinngemäss. Gleichwohl glaube ich die Bemerkung nicht unterdrücken zu dürfen, dass der im Bündniss der Römer mit den Latinern v. J. 261 d. St. vor-

---

3) Chronolog. S. 238, Note 46. 4) Gaius IV, 15, edit. 5.

kommende analoge Termin nur durch ἐν ἡμέραις δέκα = innerhalb zehn Tagen [5]), und in der lex agraria v. J. 613 d. St. nur durch „in diebus decem proximis“ [6]) ausgedrückt wird, Gaius selbst aber in III, 123 dafür die Bezeichnung intra diem XXX wählt [7]). Weil nun nach Böckings Apographum die in Rede stehende Lücke bei Gaius auch für die von Mommsen und Böcking gewählten Ausdrücke keine sicheren Anhaltspunkte bietet, und nicht abzusehen ist, warum die Parteien zwar den 10. und 30., nicht aber auch den 20. Tag als Termin bestimmen durften, so glaube ich für „die X vel XXX“ die Worte „intra D̄. XXX wählen zu sollen, welche mir mit den in Böckings Apographum enthaltenen Schriftzeichen der Handschrift nicht unvereinbar erscheinen und einen noch entsprechenderen Sinn geben.

Nach dem hier gewonnenen Resultate hatte also die lex Pinaria für die in Rede stehende legis actio jenen Act begründet, durch welchen die Parteien den dies vereinbarten, quo ad judicem accipiundum venirent. Diese Vereinbarung konnte aber nicht „denuntiatio“, sondern nur condictio heissen, wenn anders das wahr ist, was uns über die Bedeutung der diei condictio berichtet wird [8]). Wie Gaius IV, 18 das Wort condictio durch denuntiatio nur er-

5) Dionys. IV p. 415: τῶνδε ἰδιωτικῶν συμβολαίων διακρίσεις ἐν ἡμέραις γιγνέσθωσαν δέκα, d. h. die Entscheidungen über Ansprüche aus Verträgen der Privaten sollen innerhalb 10 Tagen erfolgen.

6) Mommsen, Corpus inscript Lat. I. 200, p. 81: Sei quid publicanus ejus rei causa sibi deberi darive oportere deicat, de ea re consul prove consule praetor, prove praetore, quo in jous adierint, in diebus decem proximis, quibus de ea re in jous aditum erit — — recuperatores ex civibus, qui classis primae sient, XI dato.

7) Gaius III 123: permittitur sponsoribus et fidepromissoribus intra diem XXX praejudicium postulare

8) Hieher gehört zunächst Paulus Diac. p. 39 M.: condictum est, quod in commune dictum; p. 64 M.: condicere est dicendo denuntiare; p. 66 M.: condictio in diem certum ejus rei, quae agitur, denuntiatio, in Verbindung mit Cicero de off. I 12: aut status cum hoste dies (= ein mit einem Fremden festgestellter Termin); mit Festus p. 314 M.: Status dies vocatur, qui judicii causa est constitutus cum peregrino; mit Plautus Curcul. I, 1. 8: Si status cum hoste intercedit dies, tamen est eundum, quo imperant ingratiis (d. h. „wenn auch ein auf beiderseitiger Uebereinkunft mit einem Fremden festgestellter Termin dazwischentritt“, eine Vereinbarung, welche für die unverbrüchlichste galt, vgl. Lex XII tab. I frg. 2; endlich mit Tacitus Germania c. 11: (Germani) nec dierum numerum, ut nos, sed noctium computant; sic constituunt, sic condicunt, und mit Servius zur Aen. III, 117: Speciem auguralem tradunt, quae appellatur condictio, id est denuntiatio, cum denuntiatur, ut ante diem tertium quis ad inaugurandum adsit.

klärt, und damit bezeugt, dass die Parteien nicht den Ausdruck denuntiare, sondern condicere gebrauchten, weil ja die entsprechende legis actio nicht legis actio per denuntiationem, sondern per condictionem hiess, so ist auch in den eben angeführten Stellen des Paulus und Festus nur die Bezeichnung diei condictio erklärt und durch Plautus, Tacitus und Pomponius bestätigt. Dicere heisst im Altlateinischen auch „bestimmen“ [9]), folglich heisst condicere „gemeinsam bestimmen“ und diem condicere einen Termin gemeinsam festsetzen. Gerade weil im Criminalprocesse diese Gemeinsamkeit in der Bestimmung des dies durch die Natur der Sache ausgeschlossen ist, kann da nur von einer diei dictio, nicht aber diei condictio gesprochen werden. Die „Vorforderung des Angeklagten“ hiess nämlich da diei dictio, weil sie unabhängig von seinem Willen durch den Ankläger erfolgte.

Die lex Pinaria hatte also den Parteien das Eigenrecht gegeben, den Termin, quo ad judicem accipiundum venirent, gemeinsam festzusetzen, sie hatte also jenen Act begründet, welcher diei condictio hiess, und dieser legis actio fortan auch zur Bezeichnung diente.—

Die Form, in welcher dieser Act vollzogen wurde, ist durch seine Natur gegeben. Wie nämlich der Beklagte die klägerische provocatio ad judicium dadurch acceptirt, dass er den Kläger auch seinerseits zum judicium herausfordert, so muss, um die Willenseinigung der Parteien über den dies zum Ausdruck zu bringen, der Kläger einen bestimmten dies condiciren, der Beklagte aber diese condictio diei dadurch acceptiren, dass er auch seinerseits den früher vereinbarten dies condicirt. Dass bei der Condictio beide Parteien den dies condicirten und gerade dieser Act die Willenseinigung der Parteien über den dies zum Ausdruck brachte, ist noch aus den Worten ersichtlich, welche Gaius in IV, 15 über die Bestimmung des dies comperendinus gebraucht: Postea tamen — comperendinum diem — denuntiabant (scil. inter se). Die Verweigerung der Vereinbarung über den dies musste somit für den Beklagten dieselbe Folge haben als seine etwaige Nichtannahme der klägerischen provocatio, dass er also als confessus behandelt wurde.

In der L. 66. pr. D. de contrah. empt. 18, 1 gebraucht Pomponius den Ausdruck condicere sogar im Sinne einer Verabredung und Vereinbarung im Allgemeinen: In vendendo fundo quaedam, etiamsi non — condicantur, praestanda sunt. Auch in compromittere bezog sich das com ursprünglich auf Gegenseitigkeit der Straf-Stipulationen, durch welche das Compromiss rechtsverbindlich wurde (Kuntze Cursus, S. 518).

9) Cicero pro Murena c. 12: istam viam dico.

Es hatte also eine legis actio per condictionem schon vor der lex Silia gegeben, wesshalb ich oben (S. 212) Huschke beigestimmt habe, wenn er bei Gaius IV, 18 so liest: Condictio autem adpellata jam est a lege Pinâria. Auch habe ich schon oben (S. 211) den Beweis geführt, dass die Einführung der legis actio per condictionem ex lege Silia unmittelbar dem Prätor, und nur mittelbar der lex Silia zugeschrieben werden kann; der Prätor aber konnte die neue condictio auf Grund der lex Silia nur dadurch schaffen, dass er der schon vorhandenen condictio legitima durch Verwerthung der lex Aebutia und Silia jene Function gab, welche ich unten ausführlich darzustellen haben werde.

Die legis actio in personam stricti juris in jus composita lautete also seit der lex Pinaria (wohl erst aus dem J. 408 d. St.) wie folgt:

A^s. Aio te mihi (XX) milia aeris dare orportere.

N^s. Nego me tibi (XX) milia aeris dare oportere.

A^s. Quando injuria negas, ego te quingenario sacramento provoco.

N^s. Quando injuria ais, etiam (= similiter) ego te quingenario sacramento provoco.

A^s. Quando me provocasti, ego tibi diem —, quod ad judicem accipiundum adsis, condico.

N^s. Quando me provocasti, etiam ego tibi diem —, quo ad judicem accipiundum adsis, condico.

Hierauf folgte die Ablegung des promissorischen Eides von Seite beider Parteien, die poena temere litigantium zu sacriren (vgl. Gaius IV, 16) und der Act der Litiscontestatio.

Die zweite Hauptart der ersten pontif. actio generalis enthielt die actiones in personam stricti juris in factum delicti compositae, bei welchen ohne Zweifel wieder mehrere Arten unterschieden wurden. Es ist nicht bestritten, dass auch die Delictsklagen im Sacramentsprocesse verhandelt wurden, in so fern sie nicht Executivklagen waren [10]. Ebenso hat schon Kuntze [11]) hervorgehoben, dass sich unschwer gewisse Delictstypen unterscheiden lassen, aus welchen dann eine grössere Mannigfaltigkeit von Delicten gliederungsweise hervortrat, wobei er zunächst die Delicte gegen die Person und das Vermögen unterscheidet. Auf jene gehe die actio injuriarum wegen ideeller und körperlicher Verletzung (ob carmen famosum und membrum ruptum), auf diese die actio furti, welche Diebstahl

10) Z. s. Bethmann-Hollweg, Civilpr. I. S. 137, und Kuntze, Cursus S. 146.
11) Cursus S. 492.

und Raub zugleich getroffen habe. Dass diese Klagen actiones in factum compositae waren, erhellt daraus, dass sie wie Gaius IV. 11 bezeugt, den Thatbestand der Delicte genau nach dem Wortlaut des Gesetzes enthalten mussten, die Citirmethode bei diesen Klagen also ebenso in Anwendung kam, wie neuere Strafprocessordnungen das Citiren des Gesetzes für die Anklage-Acte und das Urtheil vorschreiben [12]). Das factum delicti bildet hier die materielle causa des Anspruchs des Klägers, beziehungsweise den Grund der Strafe, musste also dem Geschwornen zur Untersuchung und Entscheidung durch Urtheil vorgelegt werden. Dass sie aber auch actiones stricti juris waren, das folgt daraus, dass auf die Bussen, beziehungsweise Strafen, der Geschworne gar keinen Einfluss nehmen durfte, diese also in der forma von vornherein formell gegeben waren [13]). Denn in den Fällen, in welchen das Gesetz eine genau bestimmte Geldbusse oder eine genau bestimmte körperliche Strafe verfügte, konnte der Geschworne darauf ohnehin keinen Einfluss nehmen, in den Fällen aber, wo das Gesetz, wie in einzelnen Fällen des furtum, nur die Busse des duplum oder triplum ausgesprochen hatte, hatte der Kläger, wenn diese Strafen nicht durch die vom Gesetze gestattete Abfindung von Seite des Beklagten vermieden wurden [14]), ohne Zweifel das Recht, den Werth des gestohlenen Objectes durch den Schätzungseid gegen den die Abfindung verweigernden Dieb zu bestimmen, weil im Falle des dolus und der contumacia des Beklagten dem Kläger bei actiones in rem noch in den spätesten Zeiten das jus jurandum in litem zustand, und noch die prätorische Injurienklage dem Kläger einen bestimmten Einfluss auf die aestimatio injuriae gewährte (Gaius III. 223). Die actio furti ging also, wie Ihering [15]) einwendet, zwar wohl nicht auf dare, sondern auf pro fure damnum decidere oportere, allein der Dieb musste „den eigenen Verfall" durch jene bestimmte Summe „ausgleichen", welche die actio enthielt [16]). Die Geldbusse musste also auch in diesen Fällen

---

12) Z. vgl. Ihering Geist II. 2, S. 614, 616, und jetzt Bekker, Aktionen I. S. 66, Note 8.

13) Wie bereits die neueren lateinischen Wörterbücher angeben, bezeichnet das Wort stringere ursprünglich „straff anziehen", „kurz fassen", wesshalb auch strictim so viel als paucis verbis bedeutet. Da nun der Ausdruck formula nur eine „kurze Fassung" bedeutet, so ist jus strictum ein formulirter, oder ein schon durch formula von vornherein gegebener, genau fixirter Anspruch, auf dessen Bestimmung der Geschworne keinen Einfluss mehr auszuüben vermag.

14) Vgl. Lex XII tab. VIII frg. 2, L. 7. §. 14 D. de pactis 2, 4.

15) Geist II, 2, S. 611 Note 867.

16) Die Intentio dieser Klage konnte also meines Erachtens z. B. nur so

in der forma ganz genau angegeben, also eine pecunia certa sein. Die einzelnen hieher gehörigen Klagen, so weit uns Nachrichten darüber erhalten sind, sind von Bethmann-Hollweg[17]) und Kuntze[18]) angeführt und besprochen, doch habe ich zu bemerken, dass es eine actio de rupitiis sarciendis, welche unter den Delictsklagen angeführt wird, nicht gab, weil die Stelle bei Festus, welche bisher als lex 5 der Tafel VIII verwerthet wurde, auf einer unrichtigen Leseart beruht und es unzulässig ist, aus den beiden Verben rumpere und sarcire eine besondere lex zu construiren und aus dieser dann eine allgemeine Klage aus Schädigungen abzuleiten.[19])

Eine weitere Darlegung dieser Delictsklagen gehört nicht in eine Schrift, welche sich nur die Darstellung der Entwicklung des grundgesetzlichen Civilrechts der Römer durch die pontif. und prätorischen Actionen des Grundgesetzes zur Aufgabe gesetzt hat. Da nämlich der Prätor, in so weit er schon in dieser Periode hier reformirend eingriff, die Delictsklagen im Interesse der Humanität, nur verbesserte, so beruhten die aus der Correctur hervorgegangenen neuen Klagen nur auf dem Imperium des Prätors, und konnten somit nicht in judiciis legitimis geltend gemacht werden. Dafür enthält die oben mitgetheilte Stelle des Gellius XX, 1 §. 13 eine ausdrückliche Bestätigung, weil sie für die vom Prätor proponirte actio injuriarum nicht den von der Verfassung berufenen Geschwornen (judex), sondern nur die vom Prätor autorisirten Recuperatoren erwähnt. Die Darstellung der Reformen, welche der Prätor in diesem Gebiete vornahm, gehört also in eine Schrift, welche sich die Darstellung der Entwicklung des römischen Privatrechts durch die Actionen des Edictes zur Aufgabe macht. Ausser dem bereits Gesagten habe ich also hier nur mehr anzugeben, dass bei diesen Klagen der Kläger das verübte Delict nach dem Wortlaut des Gesetzes assertorisch anzuführen[19a]), und daraus den bestimmt formulirten Anspruch abzuleiten, der Beklagte aber diesen Anspruch und somit auch das factum delicti absolut zu verneinen hatte, worauf die gegen-

---

lauten: ob eamque rem te decem milibus aeris pro fure damnum decidere oportere. Ueber damnum z. s. Anhang.

17) Civilpr. I. S. 169—175 18) Cursus S. 492, 493, 568 fg. Excurse S, 146.

19) Der Ausdruck „rupitias" bei Festus ist ein verderbter, weil Festus in dieser Stelle nur eine alte Form des Verbums rumpere, nämlich „rupsit" erklärt und sagt: „Rupsit" in XII tabulis significat „damnum dederit". Ebenso erklärt er weiter das Verbum sarcire: „Sarcito" in duodecim tabulis Servius Sulpicius ait significare: „damnum solvito, praestato". Schöll, a. a. O. pag. 47.

19 a) Cicero de nat. deor. III. 30, 74: illa actio: ope consilioque tuo furtum aio factum esse.

seitigen provocationes sacramento interposito, dann die Ablegung des Sacrationseides und die litis contestatio zu folgen hatten. In diesem Gebiete, welches einen Theil des Strafrechts enthielt, mochte der richterliche Magistrat wohl von jeher competent gewesen sein, die Sache auch persönlich zu untersuchen und zu entscheiden, weil die Strafrechtspflege mit dem Imperium von jeher verbunden war. Das war ohne Zweifel auch der Grund, warum der Prätor seine Delictsklagen nicht für die judicia legitima mit Hilfe der Sponsio adaptirte, sondern auf sein Imperium gründete und sie durch von ihm autorisirte Geschworne entscheiden liess. Weil aber der Prätor bei seinen Reformen nur im Sinne der fortschreitenden Gesittung und Humanität verfuhr, so konnten auch die Parteien die theilweise Beseitigung der judicia legitima in diesem Gebiete nicht beklagen[20]).

Die Adaptirung der ersten Hauptart der ersten pontif. actio generalis für die Geltendmachung des Anspruchs aus dem formfreien Darlehn und der vom Prätor proponirten Exceptionen.

§. 51. Durch die oben dargelegte condictio certi legitima konnten nur solche einseitige Forderungen geltend gemacht werden, welche vom Civilrecht anerkannt waren. Weil nun das Darlehn ein formfreies Rechtsgeschäft war und als solches keine civile Obligation begründen konnte, so folgt daraus, dass ein aus diesem Rechtsgeschäfte erhobener Anspruch durch die angeführte condictio certi nicht verfolgt werden konnte. Weil aber die Bedürfnisse, welche das formfreie Darlehn befriedigte, auch bisher — freilich nur in formbestimmter Weise — Befriedigung fanden, so brauchte der Prätor hier ebenso wie im Gebiete der Eigenthumserwerbungen nur dem Princip der Formfreiheit Geltung zu verschaffen, und dem Kläger die provocatio sponsione ad judicium zu gestatten, um dem Anspruch aus dem formfreien Darlehn Klagbarkeit zu geben. Sollte die actio ex mutuo durch die condictio certi legitima geltend gemacht werden, so musste sie zuvor in eine civile Klage verwandelt werden. Dass diese Umwandlung durch den gerichtlichen und gesetzlichen Vor-Act der provocatio sponsione erfolgte, habe ich schon oben (S. 188 fg.) nachgewiesen. Was hier von der nicht-civilen actio ex mutuo gesagt ist, gilt auch von allen im Edicte proponirten Exceptionen, z. B. der exceptio ex lege Plaetoria, nur mit dem Unterschiede, dass eine prätorische Exceptio durch ihre Einkleidung in die Sponsio zwar civilrechtliche Wirksamkeit, aber nicht auch selbst

20) Z. vgl. Gaius III. 190, 191.

civile Natur erhalten konnte, weil die ihrer Natur nach nur auf eine Leistung gerichtete Sponsio zwar die actio, nicht aber auch die Exceptio ergreifen konnte. Da nun nicht immer bloss prätorische Actionen und Exceptionen einander gegenüber standen, sondern bald eine prätorische actio mit einer civilen Exceptio, bald eine prätorische Exceptio mit einer civilen actio in Conflict gerieth, so konnten solche Conflicte nur dadurch entschieden werden, dass der Prätor kraft der lex Silia die sponsio praejudicialis sowohl für den Kläger als für den Beklagten zwangsweise zur Geltung brachte, was durch Androhung der Versagung der civilen Klage, bezw. der Behandlung des Beklagten als confessus geschehen konnte. Hatte hingegen der Kläger die actio ex mutuo, der Beklagte eine vom Prätor proponirte Exceptio, z. B. die exceptio ex lege Plaetoria, impetrirt, so lag der Vor-Act der provocatio sponsione im Interesse beider Parteien, wesshalb der Prätor in diesem Falle die sponsio praejud. nicht erst zwangsweise in Anwendung zu bringen brauchte. Wenn ich nun den oben besprochenen Fall setze, dass ein übervortheilter Minderjähriger vom Prätor die exceptio legis Plaet. gegen die actio ex mutuo seines Uebervortheilers impetrirt hatte, so gewinne ich für die oben angegebene condictio certi folgende sponsio praejudicialis:

> Si ego tibi XX milia aeris mutua dedi, eaque soluta non sunt, ni ego eam pecuniam dolo malo tibi adnumeravi et tu etiamdum haud es viginti quinque annos natus, spondesne ob eam rem mihi eam pecuniam dare?

Durch den gesetzlichen Vor-Act der sponsio praejud. wurde die prätorische actio ex mutuo direct in eine civile verwandelt, die prätorische Exceptio aber civilrechtlich wirksam gemacht. Weil nun das formfreie mutuum in Folge des Durchgangs der aus ihm abgeleiteten prätorischen actio durch das Medium der Sponsio eine condictio certi erzeugte, der in jure vollzogene Sponsions-Act aber ein publicistischer war, so konnte sich an diesen sofort die alte condictio legitima anschliessen, wodurch es geschah, dass nun der Kläger seine ursprünglich prätorische Actio, der Beklagte seine prätorische Exceptio auch in der Form der alten pontif. legis actio in person. stricti juris in jus composita per sacramentum zur Geltung brachte.

Da jetzt die Sponsio sowohl die Actio des Klägers als die Exceptio des Beklagten enthält, so bildet die Sponsio jetzt die eigentliche Grundlage des judicium. Ist aber der Angriff und die Vertheidigung nun in die Sponsio verlegt, so hat auch die Angriffs- und Vertheidigungsclausel der pontif. legis actio nur mehr so viel

Wirksamkeit, als ihr die Sponsio gestattet, wesshalb im gegebenen Falle die Angriffs- und Vertheidigungsclausel der alten condictio bereits ihre frühere unbedingte Wirksamkeit einbüsst. Allein durch den Vor-Act der provocatio sponsione musste auch die gegenseitige provocatio ad judicium ihre frühere Bedeutung einbüssen. Da nämlich in diesem Falle der Beklagte dem judicium schon dadurch sich unterwirft, dass er die klägerische provocatio sponsione acceptirt, so sinkt seine nachfolgende acceptio judicii zu einer bloss formellen Wiederholung dieses Actes herab.

Hatte der Kläger eine civile Klage, wie im oben (S. 204 fg.) besprochenen Falle des Plautus der Gläubiger des Minderjährigen, der Beklagte aber gegen dieselbe eine prätorische Exceptio, also der Minderjährige die Exceptio legis Plaetoriae impetrirt, so brauchte der Kläger seine civile Klage zwar nicht erst vom Prätor zu postuliren, allein er war genöthigt, zur provocatio sponsione zu greifen, und in die Sponsio auch die formelle causa debendi (ex sponsu) aufzunehmen, weil die actio ausdrücklich angegeben sein muss, welche durch eine exceptio entkräftet werden soll:

> Si te mihi ex sponsu XX milia aeris dare oportet, ni ego dolo malo instipulatus sum et tu etiamdum haud es viginti quinque annos natus, spondesne ob eam rem mihi eam pecuniam dare?

An diese sponsio praejud. schloss sich die oben angegebene condictio per sacramentum unmittelbar an.

Worin sich nun diese für das mutuum und die prätorischen Exceptionen adaptirte condictio cum sacramento von der s. g. condictio ex lege Silia unterschied, wird unten darzulegen sein, für den gesetzten Fall aber ist es schon hier einleuchtend, dass der Gläubiger die Gefahr, in welche ihn die vom Minderjährigen impetrirte Exceptio versetzte, nicht noch durch die poena tertiae partis erhöhen wollte. Hier habe ich nur mehr hervorzuheben, dass es ohne die condictio mutui legitima per sacramentum auch keine condictio mutui legitima sine sacramento gegeben hätte, weil der Prätor die poena tertiae partis statt des sacramentum bei der legis actio per condictionem nicht vorschrieb, sondern nur gestattete, die Wahl dieser legis actio also dem Kläger zustand, zu welcher ihn aber auch der Beklagte nöthigen konnte. Dass der Prätor, wie er die condictio mutui legitima cum sacramento schuf, nach dem materiellen Princip des beim mutuum eventuell eintretenden habere sine causa auf die hier angegebene Weise auch andere Condictionen schaffen konnte, welche sich ebenfalls von der s. g. legis actio per condictionem unterschieden, das folgt schon daraus, dass noch die

lex Rubria die Sponsio als ein auch zwangsweise in Anwendung zu bringendes processualisches kennt *).

Es ist einleuchtend, dass der Prätor zu dieser Art, seine Actionen und Exceptionen in judiciis legitimis zur Geltung zu bringen, sich nur durch das Bestreben bestimmen liess, die grundgesetzlichen judicia legitima auch für die veränderten Verhältnisse des Verkehrs zu erhalten.

Aus welchen Gründen die zweite Hauptart der ersten pontif. actio generalis nicht für die judicia legitima adaptirt, sondern corrigirt wurde, wurde schon oben angedeutet. Die nicht reformirten judicia legitima bestanden bis zu den leges Juliae fort. (Cicero de nat. deor. III, 30. §. 74.)

XII. Capitel.

Die zweite pontif. actio generalis und die Adaptirung ihrer ersten Hauptart für die Verfolgung der Ansprüche aus dem formfreien Depositum, Pignus, Commodatum und den Consensual-Contracten.

Vorbemerkungen.

§. 52. Als zweite pontif. actio oder forma generalis habe ich oben die legis actio in personam per judicis arbitrive postulationem angegeben, und als ihre zwei Hauptarten die actiones simplices für wirkliche Rechtsstreitigkeiten (lites) und duplices für friedliche Rechtsauseinandersetzungen (jurgia) bezeichnet. Als gemeinsames Moment beider Hauptarten habe ich die aequitas hervorgehoben.

Die Darlegung der Adaptirung der ersten Hauptart dieser act. gener. für die prätorischen Actionen lässt sich nicht so kurz abthun, als dies bezüglich der Adaptirung der ersten Hauptart der ersten actio gen. der Fall sein konnte, weil für die Zeit der Pontifices mitunter sogar die Existenz der legis actio per judicis arbitrive postulationem in Zweifel gezogen wurde (z. B. von Bekker, Heidelb. Krit. Ztsch. Bd. I 1853 S 451; Kuntze, Cursus, S. 96. In den „Aktionen“ I. S. 62 erklärt Bekker die arbitri postulatio als eine spätere Erweiterung der für Theilungen und Schätzungen be-

*) Ueber die Entwicklung dieser Condictionen aus der condictio mutui z. s. jetzt Bruns in Holtzendorff's Encyclop. d. RW. I. S. 349. Fälle der condictio causa data causa non secuta kennt schon Plautus. z. s. Bekker Aktionen I, S. 104.

stimmten judicis postulatio). Ich habe also zunächst die bisherigen Ansichten über die legis actio per jud. arbitrive postulat. zu prüfen, und dann die Existenz dieser zweiten actio generalis schon in der Zeit der Pontifices nachzuweisen.

Prüfung der Ansichten über die legis actio per judicis arbitrive postulationem. — Bestimmung der zweiten pontif. actio generalis im Allgemeinen.

§. 53. Wenn ich das, was Keller [1]) über die forma der „judicis arbitrive postulatio" sagt, kurz zusammenfasse, so bestand dieselbe nach seiner Vermuthung „aus der kurzen Bezeichnung der Streitsache" (demonstratio) und aus den Worten, deren Siglen Valerius Probus 4. erhalten hat: T. P. J. A. V. P. U. D. und welche so aufgelöst werden: Te, praetor, judicem arbitrumve postulo uti des. Puchta's Ansicht [2]), wornach die Sigle T durch Titium als den vom Kläger verlangten arbiter aufzulösen wäre, verwirft Keller, „weil die Bezeichnung des arbiter im Eingange der Legis actio nicht wahrscheinlich sei", doch schliesst Keller (S. 70) aus Cicero de orat. I. 56, dass bei dieser legis actio noch andere nicht bekannte specielle Formalien nach der Eigenthümlichkeit der verschiedenen zu dieser Processart sich eignenden Klagen vorkamen. Keller beschränkt also diese legis actio im Wesentlichen auf die Demonstratio und den Act der judicis arbitrive postulatio. Diese Beschränkung der legis actio per jud. arbit. post. auf die Demonstratio und den Act der jud. arbit. postulatio darf als die jetzt herrschende Ansicht betrachtet werden [3]), wogegen nur Dernburg [4]) die Einwendung gemacht hat, dass in Keller's Formel dieser legis actio die Intentio fehle.

Den Gegensatz dieser legis actio zur legis actio in personam per sacramentum bestimmt Keller [5]) nach dem Gegensatze, welchen Cicero pro Roscio Comoedo c. IV §. 10 als einen zwischen den judicia und arbitria bestehenden hervorhebt, weil Cicero der actio de pecunia certa credita als einem Hauptorgan des Ordinarprocesses (der judicia) das arbitrium pro socio entgegensetze, mit welchem er bei verschiedenen Anlässen [6]) die arbitria de tutelis, fiduciis, mandatis, rebus emptis

1) Civilpr. S. 66. 2) Instit. I. §. 162, a.

3) Vgl. Rudorff RG. II. S. 82, Bethmann-Hollweg, Civilpr. I. S. 62 und 167, Ihering, Geist II. 2. S. 376 Note 535.

4) Heidelb. Krit. Ztsch. I. Bd. S. 468.

5) Civilpr. S. 29 und 67.

6) De off. III 17; Top. 17; ad fam. VII, 12, 2; de natur. deor. III. 30.

venditis, conductis locatis und auch de negotiis gestis und rei uxoriae auf gleiche Linie stelle, und sie alle unter dem Namen „arbitria, in quibus additur ex fide bona" und dgl. und sine lege judicia, auch arbitria honoraria (im Gegensatz der judicia legitima) zusammenfasse [7]). Keller versteht also unter „den Klagen, deren Gehalt das mite, moderatum des arbitrium erheischt" die actiones bonae fidei überhaupt, und nimmt somit in die von ihm (S. 66) gewählten Beispiele der Demonstratio der legis actio auch das Mandatum und die Locatio auf. Gegen diese Ansicht Keller's haben nun Bekker und Dernburg [8]) Einsprache erhoben und die Behauptung entgegengestellt, dass die actiones bonae fidei erst dem Formularprocess angehören.

Keller's Beschränkung der legis actio per judicis postulationem auf die Demonstratio und den Act der judicis postulatio wurde zunächst durch sprachliche Missverständnisse der von ihm benützten Quellen veranlasst. Wenn nämlich Gaius in IV, 12 u. 20 von einer legis actio per judicis postulationem spricht, so bezeichnet er damit, wie ich schon oben nachgewiesen habe (S. 170), nur eine legis actio cum judicis postulatione, also eine legis actio, welche als solche auch dann noch vorhanden wäre, wenn sie diesen Act nicht erhalten hätte, wie sie in der That als actio (gleich der condictio und vindicatio) auch dann noch fortbestand, als sie diesen, sie einst charakterisirenden, Act bereits verloren hatte. Aus einer Demonstratio allein kann überhaupt keine formelle actio bestehen. Der Act der judicis postulatio war also nur jener Act, durch welchen sich diese legis actio von allen anderen Legisactionen charakteristisch unterschied, also ihr charakteristischer Act, woraus aber von selbst folgt, dass diese legis actio auch andere Acte enthalten haben muss, welche auch anderen Legisactionen gemein waren, mochten diese Acte auch im Einzelnen modificirt gewesen sein.

Mit der Bezeichnung des Gaius stimmt aber auch Valerius Probus überein. Wenn dieser nämlich unter §. 4 sagt: In legis actionibus haec, und wenn er dann die Siglen für solche einzelne Acte anführt, deren Fassung sich immer gleich blieb, unter den Siglen dieser Acte aber auch die Siglen der judicis arbitrive postulatio anführt, so folgt daraus, dass auch er diesen Act nur als einen einzelnen Act dieser legis actio betrachtet hatte, und zwar als jenen, durch welchen gerade diese legis actio besonders charakterisirt wurde. Ein anderes sprachliches Missverständniss, welches

---

7) De off. III. 15 vgl. de natur. deor. III, 30 L. 15 pr. D. de re jud.

8) Heidelb. Krit. Ztsch. I. Bd. S. 451 u. 471.

dem verdienstvollen Wiederhersteller des römischen Civilprocesses die Erkenntniss der Acte der legis actio per jud. postulationem unmöglich machte, liegt in seiner Auffassung des Ausdrucks sacramento provocare [9]). Weil nämlich Keller das provocare sacramento als ein provocare ad sacramentum, oder, wie er gegen Stintzing's Ausführungen geltend macht, als ein provocare durch das sacramentum, was auf dasselbe hinauskomme, aufgefasst hatte, so konnte für ihn bei dieser legis actio jenes provocare ad judicium nicht vorhanden sein, dessen Annahme von Seite des Beklagten ich oben (S. 172) als den processualischen Contract dargestellt habe, durch welchen sich die Parteien dem judicium und seinen gesetzlichen Folgen unterwarfen, und durch welchen eben der Streit anhängig wurde (lis coepta). Ist aber die Annahme der klägerischen provocatio ad judicium von Seite des Beklagten wirklich jener Contract, dann darf diese provocatio keiner processeinleitenden legis actio fehlen, weil sonst von einem judicium privatum und einer litiscontestatio nicht gesprochen werden könnte. War nun der Act der provocatio ad judicium auch bei dieser legis actio vorhanden, dann musste er auch hier, wie bei der legis actio in person. per sacramentum, durch den Widerspruch des Beklagten gegen den Anspruch des Klägers hervorgerufen worden sein. Die legis actio per judicis postulationem muss also ausser der von Keller angenommenen Demonstratio noch die Intentio des Klägers und den Widerspruch des Beklagten enthalten haben. Weil aber ein judicium nur dann vorhanden war, wenn der Beklagte die klägerische provocatio ad judicium acceptirte, und diese Acceptio eben in der Form der provocatio ad judicium auch von Seite des Beklagten zum Ausdruck gelangte, so muss sich der provocatio des Klägers jene des Beklagten angeschlossen haben. Hatten nun die Parteien sich dem judicium unterworfen, so entstand zunächst die Frage nach dem judex, wesshalb der Act der judicis postulatio sich unmittelbar an die gegenseitigen provocationes ad judicium angeschlossen haben muss. Wenn aber diese legis actio im Unterschiede von der legis actio in pers. per sacr. den Act der judicis postulatio als einen besonderen, ihr allein angehörenden enthielt, so kann die Bedeutung dieses Actes nicht darin bestehen, dass die Parteien nur das Recht haben sollten, vom Magistrat überhaupt einen judex „zu erbitten", weil mit dem judicium auch der judex im Allgemeinen bewilligt ist, sondern er muss den Parteien das besondere Eigenrecht verliehen haben, eine bestimmte Person als Mann ihres besonderen Vertrauens zum judex vom Ma-

9) Civilpr. S. 49 Note 195.

gistrat nicht zu erbitten, sondern zu verlangen (postulare). Die legis actio per judicis postulationem muss also enthalten haben:

1) Die Demonstratio und im Anschluss an diese die Intentio des Klägers; 2) den Widerspruch des Beklagten; 3) In Folge dieses Widerspruchs die klägerische provocatio ad judicium; 4) In Folge der klägerischen provocatio ad judicium die provocatio ad jud. von Seite des Beklagten; 5) In Folge dieser acceptio judicii von Seite des Beklagten die an den Magistrat gerichtete Postulatio des Klägers, eine bestimmte Person zum judex zu bestellen; 6) In Folge dieser Postulatio des Klägers auch die an den Magistrat gerichtete Postulatio des Beklagten, die nämliche Person als judex zu bestellen.

Die Nothwendigkeit dieses Eigenrechtes der Parteien, nach vorausgegangener Vereinbarung, eine bestimmte Vertrauensperson als judex vom Magistrat zu verlangen, ist durch die Natur dieses judicium legitimum gegeben, welche ich unten näher zu bestimmen haben werde.

Die hier dargelegte, tief greifende Folge der Art und Weise, wie Keller das sacramento provocare interpretirt, tritt noch augenscheinlicher hervor bei der legis actio per arbitri postulationem. Keller übersetzt (S. 71) das erctum ciere, welches bei der legis actio familiae erciscundae vorkam, geradezu durch „zur Theilung rufen" „ad divisionem proclamare", allein die erwähnte Interpretation wirkte so störend ein, dass er in der angeführten Uebersetzung für das provocare sogar das minder zutreffende proclamare wählt. Das πρῶτον ψεῦδος, welches Bekker[10]) in den Siglen des Valerius Probus erkennen zu müssen glaubte, liegt vielmehr auch hier in der unrichtigen Auslegung des sacramento provocare, und in der Verkennung jenes Actes, welcher die Willenseinigung der Parteien enthielt, sich dem arbitrium und seinen gesetzlichen Folgen zu unterwerfen. Wie dieses πρῶτον ψεῦδος das Fundament der legis actio per judicis postulationem und die Natur des judex nicht erkennen liess, so hat es auch das Fundament der legis actio per arbitri postulationem und die Natur des arbiter, damit aber auch die Siglen des Valerius Probus verhüllt und unverständlich gemacht.

Die Meisterschaft der Decemvirn in der Wahl juristisch zutreffender Ausdrücke (verborum elegantia) war im römischen Alterthum anerkannt. Diese elegantia verborum tritt aber auch bei den Actionen hervor, welche die Pontifices im engen Anschluss an den Wortlaut der Grundgesetze componirt hatten. Aus Cicero's Schrift

10) Heidelb. Krit. Ztschr. I. Bd. S. 451.

de republ. IV berichtet uns nun Nonius p. 430 M.: jurgium et lis hanc habent distantiam: jurgium levior res est, si quidem inter benevolos aut propinquos dissensio vel concertatio jurgium dicitur, inter inimicos dissensio lis appellatur, und p. 431: M. Tullius de republ. IV: admiror rerum non solum, sed verborum etiam elegantiam: „Si jurgant", inquit (scil. lex). Benevolorum concertatio, non lis inimicorum jurgium dicitur. Et in sequenti: „jurgare igitur lex putat inter se vicinos, non litigare." Den scharfen Gegensatz zwischen lis und jurgium führt also Cicero auf das Grundgesetz zurück. Diesen Gegensatz mussten aber auch die Pontifices bei der Composition der legis actio per arbitri postulationem zum Ausdruck bringen. Wo kein feindlicher Rechtsstreit (lis), sondern nur eine friedliche Auseinandersetzung (jurgium) in der legis actio plastisch zum Ausdruck zu bringen war, da durften sie nicht vom feindlichen Herausfordern (provocare) sprechen, sondern sie mussten dafür den Ausdruck des friedlichen „Auffordern's" (ciere) wählen; dem entsprechend konnte hier aber auch der zum Geschwornen gewählte Vertrauensmann nicht judex, sondern nur arbiter, seine Entscheidung nicht judicium sondern arbitrium heissen. Weil aber solche friedliche Auseinandersetzungen ihrer Natur nach sich auf die Ordnung bestimmter Verhältnisse beschränken, so mussten in der erwähnten Aufforderung jene Verhältnisse angegeben werden, welche zu ordnen waren, wesshalb es ein ciere familiam erctum, fines rectum, und später auch eine Aufforderung zur Theilung von solchen Gemeinschaften gab, die nicht durch Vertrag begründet worden waren. Hatten nun solche friedliche Auseinandersetzungen nicht den Charakter von Rechtsstreitigkeiten, so mussten sie ihrer Natur nach den Widerspruch der aufgeforderten Partei ausschliessen, und diese vielmehr veranlassen, auch ihrerseits die gleiche Aufforderung auszusprechen [10a]). Damit aber hatte die zuerst aufgeforderte Partei die an sie erfolgte Aufforderung (der anderen Partei) acceptirt, und sich ebenfalls dem arbitrium unterworfen. Eine nothwendige Folge dieser acceptio arbitrii war dann das von beiden Parteien an den Magistrat gestellte Begehren, eine bestimmte Person (eventuell drei solche) als arbiter zu bestellen.

Die legis actio per arbitri postulationem enthielt also:

1) Die Demonstratio und die Intentio der einen Partei; 2) die gleiche Demonstratio und Intentio der anderen Partei; 3) In Folge davon die Aufforderung der einen Partei zur Ordnung des bestimmten Verhältnisses; 4) In Folge davon die Aufforderung der anderen Partei

10a) z. vgl. jetzt Bekker, Aktionen I. S. 243.

zur Ordnung des nämlichen Verhältnisses. 5) In Folge davon das von der einen Partei an den Magistrat gestellte Begehren, einen bestimmten Vertrauensmann als arbiter zu bestellen. 6) In Folge davon das nämliche Begehren der anderen Partei. —

Die legis actio per arbitri postulationem war also eine actio duplex und bildete in jeder Beziehung zur legis actio per judicis postulationem den schärfsten Gegensatz. Wenn also Valerius Probus die Siglen für die postulatio sowohl des judex als des arbiter angibt, so hatte er damit eben die zwei Hauptarten dieser legis actio und damit die ganze zweite pontif. actio generalis angedeutet.

So lange es nun keine prätorischen arbitri und arbitria gab, war der Unterschied zwischen judex und arbiter völlig klar: judicia hiessen eben alle wirklichen lites, mochte die legis actio den judex zur Berücksichtigung der aequitas ermächtigen oder nicht; arbitria hiessen alle friedlichen Auseinandersetzungen. In den Fällen, in welchen die aequitas zu berücksichtigen war, war die Wahl eines Vertrauensmannes von Seite beider Parteien eben darum ein wichtiges Eigenrecht derselben, weil eine gewissenhafte Berücksichtigung der aequitas nur von einem solchen erwartet werden konnte. Als jedoch der Prätor neue arbitri und neue arbitria schuf, die mit jenem Gegensatze nichts mehr zu thun hatten, da musste eine Confusion der Begriffe eintreten [11]), und damit auch die Nothwendigkeit, andere Bezeichnungen zu wählen. Die gesetzlichen arbitri der legis actio wurden später in der Regel judices, die arbitria des Grundgesetzes regelmässig judicia, oft aber noch immer in alter Weise arbitri und arbitria genannt, wie die actio familiae erciscundae schon in der lex Rubria c. 23 nur mehr als judicium bezeichnet wird. Mochten sie aber nun arbitria oder judicia heissen, immer blieben sie, was sie einst waren, nämlich actiones civiles vel legitimae im Gegensatz jener actiones honorariae, welche ebenfalls arbitria hiessen. Diese Schwankungen in der Bezeichnung mussten natürlich in jener Zeit sich am meisten gezeigt haben, in welcher der Process des Edictes bereits angefangen hatte dem Processe des Grundgesetzes den Platz streitig zu machen, was bekanntlich erst im Zeitalter Cicero's eintrat. Zu Gaius Zeiten hiessen aber die alten gesetzlichen arbitri schon durchwegs judices, die alten gesetzlichen arbitria schon durchwegs judicia [12]), wesshalb Gaius in IV, 12 nur mehr von der legis actio per judicis postulationem sprechen und dadurch sich weitläufige rechtsgeschichtliche Erörte-

11) Z. vgl. Bekker Ztsch. für RG. V. S. 346.

12) Z. vgl. Bekker in der Heidelb. Krit. Zeitsch. Bd. I S. 448 über die späteren Bezeichnungen der actio finium regundorum.

rungen, die er stets vermeidet, ersparen konnte. Dass aber Gaius in IV, 20 nur von der legis actio per judicis —, nicht aber auch von der per arbitri postulationem sprechen konnte, das wird sich bald aus meinen weiteren Erörterungen von selbst ergeben. Ich kann somit den Ausführungen Keller's[13]) über den Wechsel in den Begriffen judex und arbiter nur bezüglich ihres Endresultates, nicht aber auch hinsichtlich ihrer Begründung beistimmen, weil jene „erste Unrichtigkeit" auch auf diese seine Darstellung nachtheilig eingewirkt hatte.

Es bleibt mir noch die schwierigste, aber auch wichtigste Frage zu beantworten, wie sich bei der legis actio per jud. post. die Intentio des Klägers und der Widerspruch des Beklagten gestaltete. Die entscheidende Bedeutung dieser Frage hat schon Keller (S. 67) hervorgehoben, wenn er bemerkt: „Diese legis actio ist ganz gewiss eben so alt, wie das sacramentum, denn sie ist die unentbehrlichste Ergänzung dieser Processart, indem sie für diejenigen Klagen, deren Gehalt das mite moderatum des arbitrium erheischt, und der schroffen Fragenstellung des Sacramentsprocesses widerstrebt, das processualische Bedürfniss in ihrer Weise befriedigt." Weil aber Keller bei der näheren Bestimmung der Art und Weise, wie diese legis actio die legis actio in person. per sacram. ergänzte, nicht von Gaius IV, 20, sondern von Cicero pro Roscio Comoed. c. IV §. 10 ausging, und das dort erwähnte „directum, asperum, simplex" den judicia, das „mite moderatum" den arbitria zuschrieb, die von ihm gewonnene Formel aber keine Intentio hat, so war er genöthigt, das directum, asperum, simplex der judicia in die Formel, das mite moderatum der arbitria aber ausserhalb derselben zu stellen, und die Befriedigung des processualischen Bedürfnisses durch diese legis actio nicht in ihr selbst zu suchen, sondern diese lediglich dem judex zu überlassen.

Dass nun die legis actio in person. per sacramentum einer Ergänzung in ihren beiden Hauptformen bedurfte, das zeigt vorerst die Erwägung, dass die Delictsklagen auf jene Handlungen beschränkt waren, welche im Grundgesetze ausdrücklich als Delicte qualificirt waren, in jenen Fällen also eine Delictsklage nicht vorhanden war, in welchen für ein doloses factum keine gesetzliche Bestimmung citirt werden konnte. Dass aber auch für die legis actio in person. in jus composita per sacramentum eine Ergänzung unabweisbar war, das folgt aus der Beschaffenheit, welche die res certa dieser legis actio hatte.

---

13) Civilpr. S. 67, 70.

Ich habe schon oben (S. 239) dargethan, dass die pontif. Vindicationsformel so componirt war, dass sie die Gegenwart, also die individuelle Bestimmtheit des im Streite befangenen Eigenthumsobjectes erforderte (haec navis, hic grex, hic fundus), weil das Eigenthum eben die individuelle Bestimmtheit seines Objectes zur Voraussetzung hat. Die Intentio der legis actio in pers. in jus composita per sacram. war aber auf Uebereignung gerichtet, und hatte somit ebenfalls die individuelle Bestimmtheit des Objectes zur Voraussetzung, welches zu übereignen war. Allein während bei der Vindication das Streitobject gegenwärtig, und darum eine weitere Bestimmung seiner Individualität nicht mehr nöthig war, war das Object der Uebereignung nicht gegenwärtig, und musste somit vor dem Vollzuge der legis actio so genau bestimmt werden, dass seine Individualität völlig ausser Zweifel gestellt, und für den Geschwornen jede nachträgliche Einflussnahme auf die nähere Bestimmung desselben ausgeschlossen war.

Wenn nun die actiones stricti juris als solche Formeln aufzufassen sind, in welchen der Anspruch des Klägers von vornherein so bestimmt enthalten ist, dass er jede weitere Bestimmung desselben durch den Geschwornen ausschliesst [14]), so waren die pontif. actiones in rem ebenso actiones stricti juris, wie die actiones in personam per sacramentum, so dass das Gebiet des sacramentum eben das ganze Gebiet des jus strictum umschloss. Hiermit ist aber auch die ganze Gefährlichkeit der legis actio in person. in jus composita per sacram. blossgelegt. Während nämlich bei der Vindication die Gegenwart des Streitobjectes jede weitere Bestimmung seiner Individualität überflüssig machte, war bei der erwähnten legis actio der Kläger genöthigt, ein Object von vornherein individuell bestimmt anzugeben, welches nicht sichtbar vorlag, sondern erst durch die Leistung des Beklagten herbeizuschaffen war, was offenbar ein bedeutendes Mass von Ueberlegung und Vorsicht erforderte. Es werde nun der leichteste Fall gesetzt, dass eine pecunia als certa von vornherein zu bestimmen war. Hier genügte nicht einmal die ziffermässige Angabe der Summe und der Geldsorte, sondern es musste die römische Währung angegeben werden. Darum heisst es noch in der lex Rubria c. 21: pecunia certa credita signata forma publica populi Romani. Nur diese ist also eine certa, jede andere ist eine incerta und fällt unter das c. 22 der genannten lex: a quo quid praeter pecuniam certam creditam signatam forma publica populi Romani — petetur. Darum bezeichnet auch Cincius bei Festus

14) vgl. Keller Institut. S. 79.

(pag. 173 M.) die pecunia certa als eine nominibus propriis pronuntiata. Noch schwieriger war die Bestimmung einer alia res certa, weil bei nicht-vertretbaren Objecten die Bestimmung geradezu eine individuelle, bei vertretbaren aber eine solche sein musste, dass sie einer individuellen Bestimmung thatsächlich gleichstand, also jede weitere Frage über quid, quale, quantum ausschloss. Wenn ich nun den Fall der Uebereignung eines Sclaven setze, und zugleich annehme, dass mehrere Sclaven des gleichen Namens vorhanden waren, so konnte offenbar nicht einmal die Benennung desselben, etwa mit Stichus, genügen, geschweige denn die Behauptung, dass überhaupt ein Sclave zu übereignen sei. Diese Auffassung der res certa tragen noch die Juristen der Kaiserzeit vor: Ulpian in der L. 75 D. de verb. oblig. 45, 1: Ubi autem non apparet, quid quale, quantumque est in stipulatione, incertam esse stipulationem dicendum est (§. 1). Ergo si quis fundum sine propria appellatione vel hominem sine proprio nomine, aut vinum frumentumve sine qualitate dari sibi stipuletur, incertum deducit in stipulationem (§. 2). Usque adeo, ut si quis ita stipulatus sit: tritici Africi boni modios centum, vini Campani boni amphoras centum, incertum videatur stipulari, quia bono melius invenire potest; quo fit, ut boni appellatio non sit certae rei significativa, quum id, quod bono melius sit, ipsum quoque bonum sit. At quum optimum quis stipuletur, id stipulari intelligitur, cujus bonitas principalem gradum obtinet; quae res efficit, ut ea appellatio certi significativa sit. Diese lex behandelt den Gegensatz dessen, was die vorausgehende lex 74 enthält: certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet, quid quale, quantumque sit, ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphoras centum. vgl. Gaius III §. 175, IV, 9.

Die Gefährlichkeit der pontif. legis actio in pers. in jus compos. per sacram. lag also darin, dass der Kläger das Object seines Anspruchs von vornherein entweder wirklich individuell, oder doch nach quid, quale, quantum so genau bestimmt zu bezeichnen hatte, dass seine Bestimmung einer individuellen thatsächlich gleichstand, wesshalb das Object seines Anspruchs in beiden Fällen als ein endgiltig bestimmtes gegeben sein musste. Gerade diese endgiltige Bestimmtheit des Anspruchs (jus) bezeichnet der Ausdruck jus strictum, welches ich oben als ein formulirtes, oder als ein durch die forma agendi von vornherein formell bestimmtes, also jedes subjective Ermessen des Geschwornen ausschliessendes jus bezeichnet habe. Darum konnte noch Seneca de benef. III, 7, 5 sagen: Ideo melior videtur conditio bonae causae, si ad judicem, quam

si ad arbitrum mittitur, quia illum formula includit et certos, quos non excedat, treminos ponit; darum konnte auch Cicero pro Roscio Comoed. c. IV die Güte einer Sache darnach beurtheilen, ob der Kläger zum judicium oder zum arbitrium greife, vorausgesetzt, dass ihm die Wahl frei steht: Itaque alter confidit, alter diffidit.

Abgesehen nun von den, wie es scheint, nicht wenigen Fällen, wo nach Verschiedenheit der Klagen entweder das Simplum, oder das Duplum einer nicht vorher bestimmten, sondern erst vom Geschwornen durch Schätzung zu bestimmenden Geldsumme zu leisten war, die Delictsklagen aber unanwendbar waren, brachte es die für den Kläger so gefahrvolle Beschaffenheit der res certa bei der legis actio in pers. in jus compos. per sacram. mit sich, dass unzählige Ansprüche, die sich bei ihrer Begründung entweder überhaupt nicht allseitig bestimmen liessen, oder bei deren Begründung in der Bestimmung derselben eine Kleinigkeit übersehen worden war, gar nicht hätten geltend gemacht werden können, also für immer verloren gewesen wären, wenn nicht neben der pontif. legis actio in person. stricti juris in jus composita eine legis actio in person. aequi juris zur Verfolgung einer res incerta existirt hätte mit der Function, einen wirklichen Streit (lis) und nicht bloss eine friedliche Auseinandersetzung (jurgium) auszutragen. Ich gelange also mit Keller und Bethmann-Hollweg zu dem Ergebniss, dass die legis actio per judicis postulationem als die zur Verfolgung einer res incerta dienende Klagform eine so nothwendige Ergänzung der legis actio in person. in jus composita per sacramentum war, dass ohne sie die Pontifices zur Verfolgung der Ansprüche aus relativen Rechten einen völlig unbrauchbaren Process geschaffen hätten. Dass dies aber wirklich nicht der Fall war, das bezeugt uns Gaius selbst, welcher in IV, 20 die legis actio per judicis postulationem deutlich als eine Ergänzung der legis actio in person. per sacram. erkennen lässt, weil er da ausdrücklich hervorhebt, dass auf ein dare nicht bloss per sacramentum, sondern auch per judicis postulationem geklagt werden konnte. Wenn nun die legis actio in person. per sacram. auf eine res certa gerichtet war, so muss die legis actio per jud. postulationem auf eine res incerta gerichtet gewesen sein, diese ihre Function aber auch auf das dare einer res incerta ausgedehnt haben.

Ich habe nun die bei der legis actio per judicis postulationem auf eine res incerta gerichtete Intentio des Klägers und den Widerspruch des Beklagten näher zu bestimmen, und zu diesem Zwecke zunächst Gaius IV, 20 mit Gaius IV, 47; mit Plin. Epist. 10, 16; L.

1. D. depositi 16, 3 und mit Collatio leg. Mos. X, 7, 11 zu vergleichen.

Gaius IV, 20: Cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus sacramento aut per judicis postulationem agere.

Gaius IV, 47: Sed ex quibusdam causis praetor et in jus et in factum conceptas formulas proponit, velut depositi et commodati; illa enim formula, quae ita concepta est: „Iudex esto. „Quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere paret oportere ex fide bona, ejus judex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato (ni restituat?). Si non paret, absolvito", in jus concepta est: at illa formula, quae ita concepta est: „Iudex esto. Si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam, judex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato. Si non paret, absolvito". Plin. Epist. 10, 96: Adfirmabant autem — seque sacramento non in scelus aliquod obstringere, sed ne furta committerent, ne fidem fallerent, ne depositum appellati (belangt) abnegarent. vgl. L. 1. §. 32 D. depositi.

L. 1. D. depositi 16, 3: Praetor ait: Quod neque tumultus, neque incendii, neque ruinae, neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem ejus quod dolo malo ejus factum esse dicetur, qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum judicium dabo.

Collatio X, 7, §. 11 (Paulus lib. II sentent. sub titul. de deposito): Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum.

Weil in den von Gaius in IV, 47 mitgetheilten Formeln der actio depositi in jus und in factum concepta der Anspruch des Klägers und der Widerspruch des Beklagten nicht mehr in der Sprache der Parteien, sondern nur in der die Streitpunkte zusammenfassenden Formulirung des Prätors vorliegen, so entsteht zunächst die Frage: Wie lautete bei diesen Klagen der Anspruch des Klägers und der Widerspruch des Beklagten in der Sprache der Parteien, also in jener Sprache, in welcher sich einst die legis actio bewegt hatte?

In seiner Kennzeichnung des arbitrium sagt Cicero pro Roscio Comoedo c. IV §. 10 und 12: ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil, neque tantum, quantum postulaverimus, consequamur. Quis usquam ad arbitrum quantum petiit, tantum

abstulit? Konnte nun der Kläger durch das arbitrium weder seinen ganzen Anspruch, noch nichts erreichen, so musste er die Existenz von Gegenansprüchen des Beklagten anerkannt, und nur die Höhe der letzteren bestritten haben. Seine Intentio musste also so gefasst gewesen sein, dass sie dem Geschwornen nach einem bestimmten Massstab die Vermittlung seines Anspruchs mit dem Gegenanspruch des Beklagten überliess. Als solchen Massstab bezeichnet die Formel der actio depositi in jus concepta die Clausel: ex fide bona. Der Kläger konnte also bei dieser actio nur behauptet haben, dass der Beklagte ihm das zu leisten habe, was nach seinem subjectiven Ermessen ex fide bona geleistet werden muss. In der Sprache des Klägers konnte also die Intentio bei dieser Klage nur so gelautet haben:

> ob eam rem ego aio te mihi dare facere oportere, quod ex fide bona dari fieri oportet.

Wenn aber der Geschworene angewiesen war, den Anspruch des Klägers und den Gegenanspruch des Beklagten nach einem bestimmten Massstabe zu vermitteln, so konnte auch der Beklagte nicht den ganzen Anspruch des Klägers und somit auch nicht das Rechtsgeschäft selbst als die materielle causa des Anspruchs in Abrede gestellt haben. Der Widerspruch des Beklagten muss sich also bei dieser actio auf das Mass des nach der Ansicht des Klägers ex fide bona zu Leistenden beschränkt haben:

> Nego me tibi id dare facere oportere, quod tu me ex fide bona dare facere oportere ais.

Weil nun der Beklagte das Rechtsgeschäft, oder die materielle causa des klägerischen Anspruchs, nicht in Abrede stellte, so brauchte dessen (deren) Existenz dem Geschwornen nicht zur Untersuchung vorgelegt, also nicht in judicium deducirt zu werden, wesshalb der Geschworne im Urtheil nicht über die Existenz des Rechtsgeschäftes sich auszusprechen, sondern bloss den Anspruch (jus) des Klägers näher zu bestimmen hatte.

Ganz anders lautete der Widerspruch des Beklagten bei der actio depositi in factum concepta. Weil nämlich bei dieser actio die Thatsache der dolosen Vorenthaltung der deponirten Sache dem Geschwornen zur Untersuchung vorgelegt, also in judicium deducirt, und dadurch ein besonderer Ausspruch des Geschwornen über das Vorhanden- oder Nichtvorhandensein derselben veranlasst wird, so muss der Beklagte hinsichtlich des Streitobjectes die Existenz des Rechtsgeschäftes und somit auch den ganzen Anspruch des Klägers geläugnet (Plin. Epist. 10, 96), dadurch aber die Behauptung des Klägers hervorgerufen haben, dass der Beklagte durch diese

seine Handlungsweise das Vertrauensverhältniss missbraucht, und sich der perfidia, oder des dolus malus schuldig gemacht habe. Der Kläger musste also in diesem Falle verlangen, dass die Thatsache der dolosen Vorenthaltung der deponirten Sache dem Geschwornen zur besonderen Untersuchung vorgelegt werde, darüber also ein besonderer Ausspruch desselben erfolge, und dass unter Voraussetzung der Existenz des factum perfidiae vel doli mali der Beklagte ihm als Interesse das Simplum, eventuell das Duplum jener Summe gebe, welche der Geschworne bestimmen würde. In der Sprache des Klägers konnte also die Intentio der actio depositi in factum concepta nur so lauten:

Aio — —, ob eamque rem te mihi tantum (tanti duplum) dare oportere, quanti ea res erit.

Aus oben angegebenen Gründen musste der Widerspruch des Beklagten in dessen Sprache so gelautet haben:

nego (me tibi quidquam dare oportere).

Bei der actio depositi in jus concepta stellt sich also der Widerspruch des Beklagten als ein relativer und beschränkter, bei der actio depositi in factum concepta als ein absoluter und unbeschränkter dar; der Anspruch des Klägers hingegen ist in beiden Fällen ein unbestimmter und erst von dem Geschwornen näher zu bestimmender; bei der ersteren actio ist er unbestimmt durch den Gegenanspruch des Beklagten, bei der letzteren ist er an und für sich unbestimmt; bei der ersteren ist die Intentio des Klägers auf dare facere, bei der letzteren auf das dare einer erst zu bestimmenden Geldsumme, also auf das dare einer res incerta gerichtet. Hiermit habe ich aber die schwierige Frage über die actiones in factum berührt [14a]), wesshalb mir noch die Pflicht obliegt, diese meine Auffassung der actiones in factum eingehender zu begründen.

In IV, 47 sagt Gaius: Sed ex quibusdam causis praetor et in jus et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati, woraus gefolgert werden muss, dass Gaius die causa depositi und commodati nur beispielsweise anführt. Diese Folgerung bestätigt nun vorerst Cicero, welcher de off. III, 17, §. 71 die actio tutelae, fiduciae, pro socio und mandati unter den actiones bonae fidei anführt (in quibus adderetur „ex fide bona"), und sie damit als in jus conceptae bezeichnet, in den Reden pro Caecina c. 3 und pro Roscio Am. c. VI. 16. aber aus den nämlichen

14a) Ueber die verschiedenen Erklärungsversuche der doppelten Klagformen ex deposito und commodato z. s. jetzt Ubbelohde, zur Geschichte der benannten Real-Contracte, 1870 S. 13—30.

Verhältnissen andere Klagen so ableitet, dass sie deutlich als actiones in factum perfidiae vel doli mali sich erkennen lassen. Pro Caecina c. 3: Qui per tutelam aut societatem aut rem mandatam fraudavit quempiam, in eo, quo delictum majus est, eo poena est tardior. Est enim turpe judicium. Ex facto quidem turpi. Pro Sex. Roscio Amer. VI, 16: Si qua sunt privata judicia summae existimationis et paene dicam capitis, tria haec sunt fiduciae tutelae societatis und daselbst c. 38 §. 111: Si qui rem mandatam non modo malitiosius gessisset sui quaestus aut commodi causa, verum etiam negligentius, eum majores summum admisisse dedecus existimabant. Itaque mandati constitutum est judicium non minus turpe quam furti. Die Arten des Missbrauchs dieser Vertrauensverhältnisse lassen sich darum nicht als wirkliche Delicte auffassen, weil der Thatbestand dieser Missbrauchsarten des Vertrauens kein Gesetz und kein Edict festgestellt hatte, und bei der verschiedenen Gestaltung solcher Vertrauensverhältnisse auch wohl nicht feststellen konnte, wesshalb die verschiedenen Missbrauchsarten dieser Vertrauensverhältnisse nicht als facta furtorum nach dem Wortlaut eines Gesetzes oder eines Edictes citirt werden konnten. Die Arten des Missbrauchs dieser Vertrauensverhältnisse konnten also nur actiones in factum perfidiae vel doli mali begründet haben [14b]).

Als judicia turpia führt Gaius in IV, 182 an: die judicia furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi (edit. Böcking). Wie nun Cicero die judicia turpia als actiones in factum erkennen lässt, ebenso stellt sie als solche auch Gaius dar, wenn er in IV, 60 [15]) die Lehre einiger Juristen, dass bei Klagen, welche für den Verurtheilten die Infamie zur Folge hatten, die Mehr-Angabe in der materiellen causa des Anspruchs die Sachfälligkeit herbeiführe, durch eine genauere Fassung berichtiget und diese Sachfälligkeit auf die actiones in factum beschränkt. Allein weil bei den actiones aus Vertrauensverhältnissen, wenn sie in jus concipirt waren, der Beklagte nur das Mass des klägerischen An-

---

14b) z. vgl. Ubbelohde, a. a. O. S. 35—40.

15) Gaius IV, 60: Sed nos apud quosdam scriptum invenimus, in actione depositi et denique in ceteris omnibus quibus damnatus unusquisque ignominia notatur, eum, qui plus quam oporteret, demonstraverit, litem perdere, — — — quod an debeamus credere verius esse, diligentius requiremus: certe cum duae sint depositi formulae, alia in jus concepta, alia in factum, — — — dubitare non debemus, quin si quis in formula, quae in factum composita est, plures res designaverit, quam deposuerit, litem perdat.

spruchs, nicht aber diesen selbst negirte, bei diesen actiones also von der eigentlichen Damnation des Beklagten [16]) wohl nicht gesprochen werden konnte, so hatten im Grunde auch diese Juristen nichts anderes als Gaius gelehrt. Diese Lehre ist durch die Natur dieser Klagen gegeben. Weil nämlich bei den Klagen, welche für den Verurtheilten die Infamie zur Folge hatten, das Vorhandensein des infamirenden Factums durch Urtheil zu constatiren war [17]), so musste dieses Factum natürlich dem Geschwornen zur besonderen Untersuchung vorgelegt, dieses factum also in judicium deducirt werden, was zur Folge hatte, dass der Kläger die consumirte Klage nicht mehr anstellen konnte, also sachfällig wurde, wenn er in die demonstratio des infamirenden Factums zu viel aufgenommen hatte. Dagegen wurde bei den erwähnten Klagen, wenn sie in jus concipirt waren, über das Vorhandensein der materiellen causa kein Urtheil gefällt, die materielle causa also dem Geschwornen nicht zur Untersuchung vorgelegt und somit nicht in judicium deducirt, wesshalb bei den actiones in jus conceptae eine falsa demonstratio den Anspruch nicht zerstören konnte [18]). Hieraus erklärt es sich zugleich, warum es actiones bonae fidei gab, denen keine actiones in factum gegenüber standen. Während nämlich bei den durch die Tutela, Fiducia, Societas u. s. w. begründeten Vertrauensverhältnissen der Berechtigte stets lediglich auf die Ehrlichkeit des Verpflichteten angewiesen war, die Läugnung des auf das fragliche Object sich beziehenden Rechtsverhältnisses stets die dolose Vorenthaltung dieses Objectes bezweckte, und somit ein factum perfidiae begründete, war dies bei der emtio venditio, locatio conductio durchaus nicht der Fall. Der Käufer brauchte vor erfolgter Tradition der verkauften Sache den Kaufpreis nicht zu bezahlen, der Verkäufer hatte bis zur Zahlung des Kaufpreises gegen den Käufer die Vindication und konnte sich die Zahlung des Preises in mehrfacher Weise sichern: durch die Natur des Rechtsgeschäftes war also weder der Käufer auf die Ehrlichkeit des Verkäufers, noch der Verkäufer auf jene des Käufers angewiesen. Wenn also der Käufer den Kauf, der Verkäufer den Verkauf läugnete, so war damit noch keine dolose Vorenthaltung wirksamer Weise, also noch kein

---

16) Ueber die Bedeutung von damnatio und condemnatio z. s. der Anhang.

17) Ueber die Form und die Bestandtheile des Urtheils z. s. der Anhang.

18) Gaius IV. 58: Si in demonstratione plus aut minus positum sit, nihil in judicium deducitur, et ideo res in integro manet, et hoc est, quod dicitur falsa demonstratione rem non perimi.

factum perfidiae gegeben, wesshalb in diesen Fällen stets nur der Anspruch (jus) nicht aber auch seine materielle causa dem Geschwornen zur Untersuchung vorgelegt und durch Urtheil an- oder aberkannt zu werden brauchte. Diese Klagen waren also stets nur in jus concipirt, mochte der Beklagte den Anspruch des Klägers absolut oder relativ verneint haben.

Das Ergebniss der voranstehenden Bemerkungen besteht also darin, 1) dass bei der Tutela, Fiducia, Societas u. s. w. aus einem und demselben Vertrauensverhältnisse zwei auf eine res incerta gerichtete Klagen entsprangen, von denen die eine in jus, die andere in factum concipirt war; 2) dass in der Sprache des Klägers die Intentio lautete:

bei der ersteren: ob eam rem ego aio te mihi dare facere oportere, quod ex fide bona dari fieri oportet;

bei der letzteren: aio — — ob eamque rem te mihi tantum (tanti duplum) dare oportere, quanti ea res erit.

3) Dass die erstere dieser Klagen eine actio bonae fidei, die letztere nur eine actio aequi juris war.

Es entsteht nun die Frage, ob eines der soeben besprochenen Vertrauensverhältnisse bereits in der Zeit der Pontifices, also vor dem Jahre 465 d. St. durch Klage geschützt war, und wenn dies der Fall war, ob daraus damals zwei solche legis actiones in personam aequi juris entsprangen, dass die eine in jus, die andere in factum componirt, letztere aber auf das dare einer res incerta gerichtet war.

Ich glaube nun vorerst die Behauptung rechtfertigen zu können, dass es schon in der Zeit der Pontifices eine legis actio fiduciae in jus und factum composita gab, wobei es sich von selbst versteht, dass damals die Fiducia noch nicht die von Gaius II, 60 [19]) angegebene spätere Function hatte. Weil aber auch die Frage der Fiducia sehr bestritten ist, so bin ich genöthigt, auch diese meine Behauptung weitläufiger zu begründen.

Die Fiducia in ihrer auf Hinterlegung und Verpfändung (ob wohl auch Leihe?) gerichteten Function betrachte ich in Uebereinstimmung mit der noch vertheidigten Ansicht [20]) als jene lex mancipii, welche die unbeschränkte und dauernde Wirkung der Manci-

---

19) Gaius II, 60: Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris jure, aut cum amico, quod tutius nostrae res apud eum essent; — vgl. Bremer, Pfandrecht, S. 3.

20) Otto Müller, Institut. S. 158, Dernburg, Pfandrecht I. S. 7 fg., Bremer, Pfandrecht, S. 3.

patio auf dem Umwege beschränkte, dass der nummo uno [21]) mancipirte Gegenstand zwar formell zum vollen Rechte dem mancipio accipiens erworben wurde, der Erwerber jedoch die Obligation übernahm, den mancipirten Gegenstand den verabredeten Bedingungen gemäss durch Remancipation zu restituiren.

Weil jedoch meines Erachtens die ursprüngliche Bedeutung der Nuncupatio sprachlich nicht genau erkannt, und in Folge davon auch ihr Verhältniss zur Mancipatio nicht richtig bestimmt wurde[22]), so musste der bisherigen Auffassung der Fiducia die Einwendung entgegengesetzt werden, dass die Mancipation als ein actus legitimus[23]) die Beifügung von Beschränkungen nicht gestattete, die Verabredung der Remancipation also nicht ein Bestandtheil der Mancipation, beziehungsweise der Nuncupation, sondern als eine ausserhalb derselben gelegene, ursprünglich nicht rechtsverbindliche und erst viel später klagbar gewordene Vereinbarung der Restitution zu betrachten sei[24]).

Wie nun mancipare von manu capere, so ist auch nuncupare von nomine capere abzuleiten, allein dies bezeichnet nicht „beim Namen nennen, heissen, sagen", sondern „nominell fassen, nominatim concipere, nominell formuliren"[25]). Die nominelle Fassung, Formulirung ist aber auch eine individuelle, concrete, materielle. Dies folgt zunächst aus Festus p. 173 M.: Nuncupata pecunia est, ut ait Cincius in L. II de off. juris consulti, nominata, certa, nominibus propriis pronuntiata: „cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto": ita ut nominarit locutusve erit, ita jus esto. Vota nuncupata dicuntur, quae consules, praetores, cum in provinciam proficiscuntur, faciunt: ea in tabulas praesentibus multis referuntur. At Santra L. II de verb. antiq. satis multis „nuncupata" colligit non directo „nominata" significare, sed promissa, et quasi testificata, circumscripta, recepta, quod etiam in votis nuncupandis esse convenientius. Pecunia nuncupata war also eine so genau bestimmte Geldsumme, dass sie auch durch die legis actio in person. in jus composita per sacram. eingeklagt werden konnte: ich habe aber schon oben gezeigt, was die pontifices unter einer res certa verstanden. Darum wird auch die spätere „formula" des Prä

---

21) Z. s. jetzt Degenkolb, Ztsch. f. RG. IX. Hft. 1, S. 129 fg.

22) Auch noch von Ihering, Geist II, 2 S. 577 Note 806, Ubbelohde, a. a. O. S. 41. 51, Bekker, Actionen I. S. 124, Krüger, Krit. Versuche, S. 58.

23) L. 77. D. de R.J. 50, 17.

24) Ihering Geist II, 2. S. 514 fg.. Degenkolb, a. a. O. S. 171 fg. z. vgl. auch Rein, Pr. R., S. 246 und 344, Esmarch, RG. S. 38.

25) Nominatim im Sinne wie bei Cicero de off. III, 16, §. 65.

tors eine certa nuncupatio verborum genannt[26]), was also so viel als certa verborum conceptio bedeutet, es ist aber bekannt, dass das verba concipere voti, jurisjurandi nur die von Fall zu Fall erfolgte Formulirung eines Votum, eines Eides bedeutete. Die vota nuncupata (quae consules — faciunt) sind also vota testibus praesentibus concepta et in tabulas relata. Auf die Bemerkung des Santra werde ich unten zurückkommen. Hieher gehört auch Servius zur Aen. III, 89: Est species augurii, quae legum dictio appellatur. Legum dictio autem est, cum condictio (conditio? Mommsen: initio) ipsius augurii certa nuncupatione verborum dicitur, quali conditione augurium peracturus sit. Weil aber das individuell, concret Bestimmte stets auch „ausdrücklich" ausgesprochen ist, so konnte Gaius in II, 104 auch das blosse „nuncupare" durch palam nominare erklären, wobei palam im Sinne von aperte, im Gegensatz zu tacite, zu nehmen ist[27]). Freilich war die Nuncupatio bei der Mancipatio zugleich auch öffentlich und feierlich, weil sie vor den Mancipations-Zeugen ausgesprochen wurde. Diese ursprüngliche, auch von Gaius angedeutete Bedeutung der Nuncupatio passt aber nicht mehr für die von ihm angeführte Nuncupationsform, weil diese nicht mehr unmittelbar den concreten, materiellen letzten Willen des Testators enthält, sondern, wie Gaius einräumt, nur mehr eine confirmatio eorum, quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit. Wenn nun gleichwohl Gaius auch jene ursprüngliche Bedeutung der Nuncupatio hervorhebt, so muss vor Einführung des geheimen schriftlichen Testamentes die mündliche Nuncupatio ihrer ursprünglichen Bedeutung gemäss ausser der Erbeinsetzung den ganzen concreten Inhalt des Testamentes, also die concrete Fassung des ganzen materiellen Theils dieses Rechtsgeschäftes enthalten haben, wofür sich noch die Ausdrücke testamentum nuncupare erhalten haben[28]). Die Testaments-Nuncupation war also erst in jener Zeit eine unabänderliche Formel geworden, in welcher die Geheimhaltung des letzten Willens nothwendig geworden, und für die Nuncupation durch legale Interpretation eine Form gewonnen werden musste, welche den letzten Willen nicht mehr unmittelbar, sondern nur mehr mittelbar kund gab. Aus diesem späteren Surrogat der Nuncupation lässt sich also nicht folgern, dass auch die ur-

26) Ihering Geist II, 2. S. 566, Note 794.

27) L. 38. D. de aedil. edicto 21, 1: palam recte dicunto, quid in quoque eorum vitii sit. vgl. L. 77 D. de R.J. 50, 17.

28) Gaius II, 116. Sueton. Claudius, c. 4. Paul. diac. p. 109: In procinctu factum testamentum dicitur, quod miles pugnaturus nuncupat praesentibus commilitonibus. vgl. Gaius II, 103.

sprüngliche Nuncupation in bestimmte unabänderliche Formeln eingekleidet wurde — wogegen schon die Identität des nuncupare mit concipere streitet, —, und dass namentlich jene Clausel der Mancipationsformel selbst, welche den „generellen Hinweis auf den Zweck der Mancipation" enthielt, also z. B. die Worte: quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam, oder die Clausel: „fiduciae causa" in den Worten: isque fundus fiduciae causa mihi emptus est nummo uno, als Nuncupation zu betrachten sei[29]). Dass die Nuncupation kein Bestandtheil der Mancipationsformel war, mochte diese noch so verschieden gelautet haben, das bezeugt sowohl die Bemerkung Ulpians im frg. XX, 9, als die Fassung derjenigen Bestimmung des Grundgesetzes, durch welche die Nuncupation ihre gesetzliche Wirksamkeit erlangt hatte. Wenn nämlich Ulpian sagt: In testamento, quod per aes et libram fit, duae res aguntur, familiae mancipatio et nuncupatio testamenti, so unterscheidet er gerade wie Gaius in II, 116 die Nuncupation als einen besonderen Act von der familiae mancipatio. Weil aber die gesetzliche Wirksamkeit auch der Testaments-Nuncupation auf der nämlichen Bestimmung des Grundgesetzes beruht, als die übrigen Nuncupationen, so erscheint es mir unzulässig, für die Testaments-Nuncupation ein anderes Verhältniss zur Mancipation anzunehmen, als für die Nuncupationen bei den übrigen Mancipationen. Hätte nämlich das Grundgesetz die Nuncupation als einen integrirenden Bestandtheil der Mancipationsformel oder des actus legitimus betrachtet, so hätte es verfügen müssen: Nexus mancipiique jus ita esto, uti lingua nuncupassit, d. h. der Nexus und das Mancipium sollen so gelten, wie er (der römische Bürger) sie durch mündliche Worte individuell formulirt haben wird. Es ist aber klar, dass eine solche Fassung des Grundgesetzes die Formeln dieser Rechtsgeschäfte ausgeschlossen hätte. Gerade weil das Grundgesetz die formellen Acte des Nexus und der Mancipatio von den materiellen Acten ihrer Nuncupationen scharf unterscheiden wollte, hatte es die bekannte Fassung gewählt: Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto[30]). In Beschränkung auf die Mancipation ist nach dem bisher Bemerkten diese Bestimmung des Grundgesetzes so zu interpretiren: „Wenn er (der römische Bürger) ein Mancipium vornehmen wird, soll das dadurch in abstracter Weise begründete (absolute) Recht so

29) Degenkolb, a. a. O. S. 171, Note 112, S. 177.

30) Mancipium im subjectiven Sinne ist die Handlung des manu capere, vgl. auspicium, also diejenige, wodurch absolute Rechte erworben wurden. Gaius IV. 16; II. 24.

gelten, wie er dasselbe gleichzeitig durch mündliche Worte (also ausdrücklich) individuell (concret, materiell) formulirt haben wird". Die Mancipation verhält sich also zur Nuncupation, wie das Allgemeine zum Speciellen und Individuellen, das Abstracte zum Concreten, das Formelle zum Materiellen, also wie der formelle Act eines Rechtsgeschäftes zu dessen materiellen Inhalt. Die Mancipatio begründete also nach der Verschiedenheit ihrer Fassung die verschiedenen absoluten Rechte, die Nuncupatio die individuellen Gestaltungen derselben. Beide Acte aber gehören zusammen, weil die Wirksamkeit der Nuncupatio von der Einheit der Handlung (cum — faciet) und von der durch die Mancipationszeugen vermittelten Volksgarantie des ganzen Actes abhängig war. Diese alle Individualitäten des Rechtsgeschäftes formulirende Function der Nuncupatio hatte Santra (bei Festus p. 173) im Auge, wenn er die Beschränkung des nuncupare auf das blosse nominare tadelt, und die pecunia nuncupata vielmehr als eine promissa et quasi testificata, circumscripta, recepta bezeichnet.

Weil nun die Mancipationsformeln, gleich den Vindicationsformeln, weder die Namen der Parteien, noch die nominelle Bezeichnung des Rechtsobjectes und der materiellen causa enthielten, so musste eine aufgezeichnete Nuncupatio als der materielle Theil des Rechtsgeschäftes zunächst die Namen der Parteien, die genaue Bezeichnung des Mancipations-Objectes, bei Eigenthumsbegründungen auch die juristisch erheblichen Eigenschaften des Eigenthumsobjectes und die materielle causa des Rechtsgeschäftes, also zunächst die blossen „dicta" enthalten. An diese „dicta" müssen sich, der Natur der Sache entsprechend, die Vereinbarungen über die Rechte und Pflichten des mancipio accipiens angeschlossen haben. Eine Bestätigung des Gesagten enthalten die bekannten Donationes des Flavius Syntrophus, der Statia Irene, des Flavius Artemidorus[31]), besonders aber die jüngst bei Bonaura in Spanien gefundene Tafel, deren Urkunde nach dem Vorgange Hübners jetzt nicht ganz zutreffend als ein pactum fiduciae bezeichnet wird[32]). Weil nämlich nach dem Wortlaute des oben erörterten Grundgesetzes die Nuncupatio sich als die formfreie Formulirung der Individualitäten des durch die Mancipation begründeten absoluten Rechtes darstellt, so sind alle genannten Urkunden vielmehr als aufgezeichnete Nuncupationen aufzufassen. Unter diesen verdient aber die Ur-

31) Bei Bruns, Fontes juris Rom. antiq. pag. 132—134, edit. 2.

32) Degenkolb, Ztsch. f. R.G. IX. 1. Heft S. 119 fg. Bruns a. a. O. p. 131 nennt sie Mancipatio fiduciae causa.

kunde der Tafel von Bonaura hier darum eine besondere Berücksichtigung, weil sie eben die Nuncupation einer mancipatio fiduciae causa cum creditore contractae noch zum grössten Theile enthält, und, wie angenommen wird, noch der ersten Kaiserzeit angehört. Die pecunia credita wird aber in ihr noch der pecunia data und expensa lata entgegengesetzt und mit der pecunia stipulata identificirt. Diese Nuncupation enthält nun zunächst die Namen der Parteien, die individuelle Bezeichnung des fundus und seiner Qualitäten als optimus maximus, die Erwähnung seiner mancipatio fiduciae causa nummo uno; dann sind die Nachbarn des fundus angegeben. Hierauf aber heisst es: Pactum conventum factum est inter Damam L. Titii servum et L. Baianium, und nun folgt der Inhalt des pactum conventum, wovon jedoch nur mehr die Vereinbarungen über die Rechte des Gläubigers erhalten sind, die Vereinbarungen über seine Pflichten aber fehlen. Weil diese Nuncupatio jedoch zu einer Mancipatio gehört, welche als fiduciae causa geschehen bezeichnet ist, so muss unter den Pflichten des Gläubigers auch die Pflicht der Remancipation hervorgehoben gewesen sein, wie es andererseits der Natur der Sache entspricht, dass die Vereinbarung über die Modalitäten der Restitution des fundus im pactum conventum den letzten Platz einnahm.

Weil aber die Nuncupation zur Mancipatio wie der materielle Inhalt des Rechtsgeschäftes zu seinem formellen Acte sich verhielt, und die erstere alle Individualitäten des Rechtsgeschäftes zu bestimmen hatte, so folgt daraus, dass für die „dicta, conventa, bezw. promissa“ der Nuncupation keine bestimmte Form vorgeschrieben sein konnte. Es kann also auch das pactum fiduciae, oder jene besondere lex mancipii, durch welche die Modalitäten der Restitution des mancipirten Objectes vereinbart wurden, an keine bestimmte, also solenne Form gebunden gewesen sein, wie dies angenommen wurde [33]). Dagegen kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, dass für die Nuncupationen schon frühzeitig feste Formulare sich ausgebildet hatten, welche dann wie Formeln gehandhabt wurden. Die uns erhaltenen Nuncupationen enthalten ganz formfreie Fassungen der materiellen Rechtsgeschäfte. Aus diesen Gründen kann also auch die von Cicero de off. III, 17 für die fiducia bezeugte Clausel: uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem, um so mehr nur als Bestandtheil eines solchen Formulars betrachtet werden, als die Worte: uti ne — siem, noch ganz deutlich den

33) Von Huschke, Ztsch. f. gesch. RW. 14. Bd. S. 246, Ztsch. f. Civilr. u. Pr. N. Folg. 2. Bd. S. 202; von Rudorff, Ztsch. f. gesch. RW. 13 Bd. S. 183; von Dernburg, Pfandr. I. Bd. S. 8 u. 9.

Vorbehalt nur Einer der vereinbarenden Parteien verrathen. Was jedoch die Clausel: „uti inter bonos viros bene agier oportet“ betrifft, welche Cicero [34]) als „formula fiduciae“ bezeichnet, so konnte natürlich auch diese Wendung als ein Bestandtheil eines solchen Formulars verwendet werden, allein diese Clausel muss darum auch der ursprünglichen actio fiduciae angehört haben, weil sie durch die Form „agier“ noch ihr hohes Alter bezeugt und weil sie sich nur als die ursprüngliche Bezeichnung des gegenseitigen Verfahrens der Parteien, statt der von Cicero (de off. III, 17 §. 70) ebenfalls für die actio fiduciae bezeugten späteren Clausel: „ex fide bona“, darstellt. Dies ergibt sich aus folgender Betrachtung: Wird nämlich in dieser Clausel das relative „ut“, wie es nothwendig ist, durch ein vorausgehendes demonstratives „ita“ ergänzt, so wird damit folgende Intentio gewonnen:

> ob eam rem ego aio inter nos ita agier oportere, ut inter bonos viros bene agier oportet.

Weil das agere hier ebenso jede vermögensrechtliche Handlung bezeichnet, wie das dare facere jede Leistung, und Leistungen eben nur vermögensrechtliche Handlungen sind, so erscheint hier das agere offenbar für das spätere dare facere gesetzt. Diese ursprüngliche Clausel wurde ohne Zweifel darum gewählt, weil sie die Gegenseitigkeit der Leistungen (inter nos) in sehr bezeichnender Weise zum Ausdruck bringt, während die spätere Clausel „ex fide bona“ diese Gegenseitigkeit sprachlich nicht mehr wiedergibt und sich später mit „boni viri arbitratus“ identificirt [34a]). Die Clausel „ut inter bonos viros bene agier oportet“ enthält also noch die ursprüngliche Bezeichnung gegenseitiger Leistungen nach dem Massstabe, nach welchem ehrliche Leute unter einander ehrlich zu verkehren haben. Wenn es nun eine pontif. legis actio fiduciae in jus composita gab, so kann sie nur diese Intentio, beziehungsweise Clausel, enthalten haben.

Ich glaube nun, dass ausreichende Gründe vorhanden sind [34b]), die genannte legis actio anzunehmen:

Cicero de off. III. 15 sagt: Atque iste dolus malus legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis. Wenn nun das Grundgesetz den dolus malus oder die perfidia bei der tutela bestraft hatte, so musste es diesen dolus malus bei allen Vertrauens-

---

34) ad famil. VII 12; de off. III, 15 §. 61, vgl. de off. III, 17; Top. 17.
34a) Bekker, Aktionen I, S. 167.
34b) Vgl. Bekker, Aktionen I, S. 73, 145.

verhältnissen und somit auch bei der fiducia bestraft haben. Zur Verfolgung des durch den Missbrauch von Vertrauensverhältnissen verübten dolus malus diente die actio in factum; es muss also angenommen werden, dass der dolus malus bei der tutela durch eine legis actio tutelae in factum doli mali composita verfolgt wurde. Weil aber aus dem nämlichen Vertrauensverhältnisse auch eine actio in jus composita entsprang, so muss auch eine legis actio tutelae in jus compos. angenommen werden. War nun der dolus malus auch bei der fiducia bestraft, so wurde er auch hier durch eine actio in factum doli mali compos. verfolgt; wenn es aber eine legis actio fiduciae in factum compos. gab, so muss es aus obigem Grunde auch eine legis actio fiduciae in jus compos. gegeben haben. Hiermit ist aber auch das Verständniss jener Stelle des Paulus gewonnen, welche ich oben angeführt habe (Collatio X, 7. §. 11), um sie mit Gaius IV, 20 zu vergleichen.

Wenn Paulus sagt: Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum, so bezeugt er damit eben ausdrücklich, dass nach dem Grundgesetze der dolus malus auch bei der Fiducia bestraft war; war aber dies der Fall, dann muss es auch eine legis actio fiduciae in factum doli mali composita, und somit auch eine legis actio fiduciae in jus compos. gegeben haben. Wenn aber Paulus in dieser Stelle nur vom Depositum und nicht von der Fiducia spricht, so erklärt sich dies daraus, dass er an dieser Stelle nur die verschiedenen actiones depositi in factum, also nicht über die Fiducia als solche, sondern nur nebenbei über jene specielle Function derselben zu sprechen hatte, welche auf das Depositum gerichtet war.

Das Ergebniss der bisherigen Untersuchungen lässt sich also in Kürze dahin zusammenfassen:

Es gab eine pontif. legis actio fiduciae in jus und in factum composita, deren Intentionen so lauteten:

ob eam rem ego aio inter nos ita agier oportere, ut inter bonos viros bene agier oportet;

aio — —, ob eamque rem te mihi tanti aeris duplum dare oportere, quanti ea res est.

Gegen diese Intentionen der Kläger konnten die Widersprüche der Beklagten nach den obigen Ergebnissen nur so gelautet haben:

nego inter nos ita agier oportere, ut tu inter bonos viros bene agier oportere ais;

nego (me tibi quidquam dare oportere).

Die gleichen Intentionen der Kläger und Widersprüche der Be-

klagten müssen auch für die legis actio tutelae in jus und in factum composita angenommen werden.

Für den dolus malus hatte also das Grundgesetz selbst Strafen festgesetzt, das Fundament der legis actio fiduciae in jus und in factum composita lag aber in dem pactum fiduciae, welches ein Bestandtheil der von dem Grundgesetze anerkannten Nuncupatio war. Wenn also Paulus die legis actio depositi in duplum auf die Lex XII tab. zurückführt, so ist dies daraus erklärbar, dass die Mancipation selbst zum mittelbaren Civilrecht des Grundgesetzes gehörte [35]). Auf gleiche Weise wird auch von Justinian im §. 41. Inst. de rerum divis. II, 1 ein Rechtssatz als eine Bestimmung der Lex XII tab. bezeichnet, wiewohl derselbe, wie unten gezeigt werden wird, sich nur aus der Mancipation entwickelt hatte.

Die Bezeichnung einer bonae fidei actio hatte die legis actio fiduciae in jus composita ursprünglich gewiss nicht, einmal darum nicht, weil sie ursprünglich die Clausel „ex fide bona" gewiss nicht hatte, dann aber auch desshalb nicht, weil den Gegensatz zu den actiones stricti juris nicht die actiones bonae fidei, sondern nur die actiones aequi juris erschöpfen; allein weil die Nuncupation formfrei war, so lag gewiss kein Hinderniss vor, später, vielleicht schon vor dem Jahre 465 d. St. für die Restitution des Mancipations-Objectes die kürzere Clausel: „ex fide bona" in die Nuncupation aufzunehmen, und dieser Clausel entsprechend auch die Intentio der legis actio fid. in jus composita zu fassen, woraus sich erklären würde, wie Cicero für die actio fiduciae in jus compos. in den angeführten Stellen die ältere Clausel, in de off. III. 17, §. 70 aber die Clausel „ex fide bona" angeben konnte. Dabei kommt aber noch in Betracht, dass die ältere Intentio, beziehungsweise Clausel, für die Conception der prätorischen formula völlig unbrauchbar war, in dieser formula also nur die Clausel „ex fide bona" verwendet werden konnte. Aus dem Umstande, dass die actio fiduciae unter den actiones bonae fidei aufgezählt wird, lässt sich also nicht schliessen, dass diese Klage in der Zeit der Pontifices nicht existirte [35a]).

---

35) Fragm. Vatic. 50: mancipationem et in jure cessionem Lex XII tab. confirmat.

35a) Der Ausdruck bona fides war Plautus wohl bekannt (Aul. IV. 10, 42; Capt. IV, 2, 112; Most. III. 1. 140; Pseud. IV. 6, 33). Ich stimme aber Bekker, Actionen I, S. 162 bei, dass die Tragweite dieser Clausel in der Zeit des Plautus noch lange nicht fest stand, die Parteien also genöthigt waren, dieselbe durch besondere leges locationis, venditionis u. s. w. von vornherein

Wenn also Boethius [36]) für die Bezeichnung mancipatio fiduciaria den Grund angibt, „quod fides restituendi interponitur, so ist der Ausdruck „fiduciaria", weder da, noch wo er tropisch gebraucht wird (wie bei Livius 32, 38) in dem Sinne zu verstehen, dass ursprünglich die Restitution des mancipirten Objectes ganz der fides des mancipio accipiens überlassen war, sondern in dem Sinne, dass bei der auf civiler Obligation beruhender Restitution nach den Grundsätzen verfahren werde, welche von ehrlichen Leuten untereinander im Verkehr beobachtet werden. Die von Boethius angedeutete Vereinbarung der Restitution des mancipirten Objectes ist also ebenso eine lex mancipii, als die Vereinbarung der Remancipation, welche Gaius in I, 140 als lex mancipii bezeichnet, womit aber nicht behauptet wird, dass die Vereinbarungen über die Remancipation überall gleich lauteten.

Ich habe bisher die Intentionen der Klagen per judicis postulationem nur aus den Vertrauensverhältnissen erörtert, welche schon in der Zeit der Pontifices durch Klagen geschützt waren; die lex Aquilia mag aber vorerst zum Beweise dienen, dass es auch Klagen per judicis postulationem gab, welche nicht aus Vertrauensverhältnissen entsprangen.

Die lex Aquilia habe ich oben (S. 91) als ein Specialgesetz aus jener Zeit bezeichnet, in welchem bereits die Interpretation der Pontifices nicht mehr ausreichte, und somit specielle Volksgesetze nothwendig geworden waren. Die Nothwendigkeit dieses Specialgesetzes ist aber dadurch einleuchtend, dass jene generelle actio de rupitiis sarciendis nicht existirte, welche jetzt angenommen und auf das Grundgesetz zurückgeführt wird. Wenn nun Rudorff [37]) die lex Aquilia in die Zeit der lex Hortensia setzt, so stimmt diese seine

---

zu fixiren und dadurch dem judex eine bindende und möglichst sichere Grundlage seiner Untersuchung und Entscheidung zu geben. Ueber den Ausdruck aequum et bonum bei Plautus z. s. Bekker a. a O. S. 106. Auch das bona fide emere kennt schon Plautus.

Mostell. III, 1. V. 139 sq.:

Tran. — — De vicino hoc proximo

Tuus emit aedes filius. Theop. Bona 'n fide?

Tran. Si quidem es argentum redditurus, tum bona:

Si redditurus non es, non emit bona.

Und Most. III. 2. V. 113 sq.:

Theop. — — — — Si male emptae

Forent (scil. aedes), nobis istas redhibere haut licet.

36) ad Ciceron. Top. c. 10. 37) RG. I. S. 367. vgl. jetzt auch Bruns, Fontes Iur. Rom. ed. 2. p. 31.

Zeitbestimmung mit den von mir gewonnenen Ergebnissen vollkommen überein.

Nach Gaius (L. 2. D. ad legem Aquil. 9, 2) hatte das erste Capitel dieses Gesetzes bestimmt:

Qui servum servamque alienum alienamve, quadrupedem vel pecudem injuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes domino dare damnas esto.

Dazu wird dann im nachfolgenden §. 1 noch beigefügt: Et infra cavetur, ut adversus infitiantem in duplum actio esset.

Die lex Aquilia hatte also in diesem Capitel aus der widerrechtlichen Tödtung eines fremden Sclaven oder vierfüssigen Hausthieres dem Dominus eine Klage auf Ersatz des höchsten Werthes während des letzten Jahres gegeben, diese Klage aber dadurch sehr wirksam gemacht, dass sie dem Kläger zugleich die manus injectio pura gestattete und dadurch dem Beklagten nur die Wahl übrig liess, sich entweder sofort mit dem Kläger zu vergleichen, oder das judicium sofort zu übernehmen, und zwar im Falle des Geständnisses der rechterzeugenden Thatsache die actio in simplum, im Falle der Abläugung derselben die actio in duplum. Zur sofortigen Uebernahme des judicium war der Beklagte darum gezwungen, weil ihn sonst sofort die Ductio von Seite des Klägers traf, welcher dann den Schaden selbst zu schätzen berechtigt war, da es in dieser Zeit ein vom Prätor eingesetztes arbitrium liti aestimandae, und somit auch eine actio confessoria noch nicht gab[38]). Hatte nun der von der manus injectio pura Getroffene die rechterzeugende Thatsache zwar eingestanden, konnte er aber mit dem Kläger über die Höhe der Entschädigungssumme nicht einig werden, so hatte letzterer die actio in jus composita in simplum anzustellen. Hatte hingegen der Beklagte unter Uebernahme der Gefahr des Duplum den ganzen Anspruch des Klägers, und somit auch die rechterzeugende Thatsache geläugnet, so musste der Kläger zur actio in factum composita in duplum greifen. In diesen Fällen gestalten sich also die Intentionen der Kläger und die Widersprüche der Beklagten so:

a) ob eam rem ego aio te mihi tantum aes dare oportere, quanti id (= ea res) in hoc anno plurimi fuit.

α) nego me tibi tantum aes dare oportere, quantum tu me dare oportere ais.

b) aio — —, ob eamque rem te mihi tanti aeris duplum dare oportere, quanti id (= ea res) in hoc anno plurimi fuit.

---

38) z. s. Anhang, a. E.

β) nego (me tibi quidquam dare oportere.)

Es hat ferner schon Bethmann-Hollweg[39]) bemerkt, dass Noxalklagen „wegen der freieren Beurtheilung des Klaggrundes und der Unbestimmmtheit ihres Gegenstandes" nur in der Form der legis actio per judicis postulationem instruirt werden konnten, wozu ich hier nur beizufügen habe, dass in diesem Falle eine res incerta darum vorliegt, weil noxalium actionum vis ac potestas haec est, ut si damnati fuerimus, liceat nobis deditione ipsius corporis, quod deliquerit, evitare litis aestimationem[40]), und dass in diesem Falle der dolus malus des Beklagten und somit auch das vorausgehende juramentum in litem des Klägers durch die Natur der Sache ausgeschlossen ist. Dass aber die Noxalklagen im Grundgesetze wurzelten, das bezeugt Ulpian, wenn er in der L. 6. §. 1. D. de re jud. 42, 1 bemerkt: Decem aut noxae dedere condemnatus judicati in decem tenetur; facultatem enim noxae dedendae ex lege (scil. XII tab.) accipit. Ebenso Festus p. 174: Item cum lex jubet noxae dedere.

Die bisher gemachte Unterscheidung zwischen der relativen und absoluten Verneinung des Beklagten ist auch hier nothwendig. Wenn nämlich der Beklagte die Beschädigung durch sein Thier oder seinen Sclaven nicht läugnete, sondern sich mit dem Kläger nur über die Höhe der Entschädigungssumme nicht einigen konnte, so brauchte der Kläger das factum der Beschädigung dem Geschwornen nicht zur besonderen Untersuchung vorzulegen, sondern es genügte, wenn er dieses factum einfach namhaft machte (demonstratio) und die Bestimmung des daraus abgeleiteten Anspruchs dem Geschwornen überliess. In diesem Falle konnte also die Noxalklage nur eine legis actio in jus composita per judicis postulationem gewesen sein mit folgender Intentio des Klägers und folgendem Widerspruch des Beklagten:

ob eam rem ego aio te mihi id animal (eum hominem) noxae dedere, aut tantum aes dare oportere, quanti ea res est.

nego me tibi tantum aes dare oportere, quantum tu me dare oportere ais.

Hatte hingegen der Beklagte entweder das factum der Beschädigung überhaupt oder die Beschädigung durch sein Thier oder seinen Sclaven, oder durch deren Schuld geläugnet, und somit auch jeden daraus abgeleiteten Anspruch des Klägers verneint, so musste der Kläger auch das factum der Beschädigung durch das bestimmte Thier oder den bestimmten Sclaven und deren Schuld dem Geschwornen zur Untersuchung vorlegen und somit zur legis actio in

39) Civilpr. I. S. 174. 40) Gaius L. 1. D. de nox. act. 9, 4.

factum composita per judicis postulationem greifen mit folgender Intentio des Klägers und folgendem Widerspruch des Beklagten:

aio — —, ob eamque rem te mihi id animal (eum hominem) noxae dedere, aut tantum aes dare oportere, quanti ea res est.

nego (me tibi quidquam dare oportere).

Alle angeführten Intentionen der legis actio per judicis postulationem enthalten Ansprüche, welche durch eine materielle causa begründet sind. Die Bestimmung des klägerischen Anspruchs durch den Geschwornen war also von der materiellen causa abhängig, mochte diese ein factum oder ein Rechtsgeschäft sein. Aus diesem Grunde musste die materielle causa des Anspruchs der Intentio auch in dem Falle vorgesetzt werden, in welchem ihre Existenz kein Gegenstand der Untersuchung des Geschwornen war. Die legis actio per judicis postulationem musste also in diesem Falle die Demonstratio im engeren Sinne des Wortes enthalten haben.

Die legis actio in jus und in factum composita per judicis postulationem stellt sich also wirklich als eine genau correspondirende Ergänzung der legis actio in pers. in jus und in factum composita per sacramentum dar, und wenn Gaius in IV. 20 nur eine theilweise Ergänzung der legis actio in pers. per sacramentum durch die legis actio per jud. postulationem angibt, so erklärt sich dies daraus, dass er an dieser Stelle eben nur jene Unterart der legis actio per judicis postulationem erwähnen konnte, welche auf ein dare gerichtet war.

Die gewonnenen Ergebnisse setzen mich nun auch in den Stand, den leitenden Gedanken der poena temere litigantium näher zu bestimmen.

Die bisher erörterten legis actiones standen sich als judicia stricti und aequi juris gegenüber. In den Fällen, in welchen der Anspruch des Klägers von vornherein endgiltig bestimmt vorliegt, also auch jeder Gegenanspruch des Beklagten ausgeschlossen ist, konnte der Beklagte gegen seinen Willen nur dann zum Processiren genöthigt werden, wenn er den Anspruch des Klägers ganz und gar verneinte. That er nun dies, so verdiente er als ein temere litigans bestraft zu werden, wenn der Kläger nicht leichtfertig zur Klage griff. Wegen dieser Möglichkeit musste also auch der Kläger das jusjurandum promissorium ablegen, die poena temere litigantium zu sacriren. Bei der actio stricti juris gab es also keine relative Rechtsbehauptung und keine relative Rechtsverneinung, wesshalb sich die pontif. legis actio stricti juris auch in dieser Beziehung als ein feindlicher Zweikampf darstellt: Einer der beiden Gegner muss fallen; wer also das Schwert dieser legis actio

zieht, muss seiner im Rechte gelegenen Kraft sicher sein. Ist dies nicht der Fall, so fällt er durch das Schwert seines Gegners. Die legis actio aequi juris in jus composita stellt nun zwar auch einen Zweikampf dar, aber die Gegner kämpfen da nicht, weil sie wollen, sondern weil sie müssen. Schreiten also die Parteien nur darum zum Kampfe, weil eine unparteiische Entscheidung ihrer einander nicht aufhebenden, sondern bloss beschränkenden Behauptungen nothwendig ist, oder weil bei der Begründung des klägerischen Anspruchs das Rechtsobject nicht allseitig bestimmt wurde und eine unparteiische Entscheidung durch einen Vertrauensmann auch in diesem Falle nothwendig ist, so wäre es eine Thorheit, Parteien strafen zu wollen, welche processiren, nicht weil sie wollen, sondern müssen. Da es sich aber hier um einen Geschwornen handelte, welcher das Vertrauen beider Parteien wirklich besass, so war ihnen verfassungsmässig das Eigenrecht eingeräumt, sich eine bestimmte Person zum judex zu wählen, und diese Person vom Prätor zu postuliren. Darum hatte nur diese legis actio den Act der judicis postulatio, nicht aber auch die legis actio stricti juris, bei welcher der judex an den Wortlaut der forma gebunden kein freies Ermessen hatte, und somit vom Prätor ohne eine solche entscheidende Einflussnahme der Parteien bestellt wurde. Der Act der judicis postulatio erscheint also nur dadurch motivirt, dass die postulatio auf eine bestimmte Person bezogen wird. Wird hingegen angenommen, dass die Parteien keine bestimmte Person als judex zu verlangen hatten, dann ist nicht abzusehen, warum der Act der judicis postulatio nicht auch bei der actio in pers. stricti jur. nothwendig war. Ich glaube also, dass die zweifelhafte Sigle des Valerius Probus mit Puchta desto gewisser auf eine bestimmte Person als judex zu beziehen ist, als auch die Redensart: praetorem — judicem postulare sonst bei Juristen nicht gebraucht, sondern dafür a praetore aliquid postulare gesagt wird. Für das judicium de moribus mulieris hat Valerius Maximus (VIII, 2, §. 3) ein Beispiel einer solchen Einigung der Parteien über eine bestimmte Person erhalten: C. Marius — sumptus inter eos judex — mulierem impudicitiae sestertio nummo, Titinium summa totius dotis damnavit. Die Art, wie Cicero [41]) von arbitrum adigere (vor Gericht bringen) und Valerius Maximus [42]) von arbitrum adducere spricht, deutet an, dass die Parteien ihren Vertrauensmann sogar zur legis actio vor Gericht mitbrachten, seine Wahl also in der Zeit zwischen der gerichtlichen Vor- und Hauptverhandlung vorgenommen wurde.

41) Topic. 10; de off. III, 16. 42) Val. Max. VIII. 2, §. 1.

Enthielt nun der Act der judicis arbitrive postulatio den Act der Willenseinigung der Parteien über die Person des Geschwornen, so folgt daraus, dass der Beklagte, wenn er bei actiones in factum jede Vereinbarung darüber zurückwies, ebenso als confessus behandelt wurde, wie wenn er die Annahme der provocatio ad judicium verweigerte. Aus der Wichtigkeit dieses Actes erhellt zugleich, warum die Diebstahlsklagen nur actiones stricti juris sein konnten, wenn man nicht auch dem Dieb das Eigenrecht gewähren wollte, sich seinen Geschwornen zu wählen. Wohl machte sich auch der Vormund, welcher das ihm geschenkte Vertrauen missbraucht hatte, eines dolus malus schuldig, und seine That wurde zwar durch die actio in duplum bestraft, allein sie wurde doch nicht stets geradezu als Diebstahl, sondern ihrer Natur nach nur als ein factum perfidiae behandelt[43]), und dadurch dem Vormund auch das wichtige Recht erhalten, bei der Wahl des Geschwornen entscheidend mitzuwirken. In Uebereinstimmung damit wird die actio furti auch der aus dem Missbrauch anderer Vertrauensverhältnisse entsprungenen actio in factum gegenübergestellt. So nennen die Lex Julia municipalis c. 8, lin. 37 u. 38 und Gaius in der oben besprochenen Stelle (IV, 182) die actio furti neben der actio fiduciae; Paulus (L. 29 D. deposit. 16, 3) neben der actio depositi, indem er bemerkt: Si sacculum vel argentum signatum deposuero, et is, penes quem depositum fuerit, me invito contrectaverit, et depositi et furti actio in eum competit. Noch deutlicher und genereller stellt aber Ulpian (L. 45. D. pro socio, 17, 2) die actio furti neben die actiones in factum perfidiae, wenn er vorerst die actio furti neben der actio pro socio nennt, und dann sagt: nec altera alteram tollit. Idemque in omnibus bonae fidei actionibus dicendum est[44]).

Nähere Bestimmung der zweiten pontif. actio generalis und ihrer beiden Hauptarten.

§. 54. Weil die Bestimmung aller einzelnen legis actiones per judicis arbitrive postulationem in die Processlehre gehört, so glaube ich mich hier auf die nähere Bestimmung der Klagen aus jenen Rechtsverhältnissen beschränken zu dürfen, welche ich so eben be-

---

43) Tryphonius (L. 55, §. 1 D. de administ. et peric. tut. 26, 7): Sed tutores propter admissam administrationem non tam invito domino contrectare eam videntur, quam perfide agere.

44) Vgl. Ubbelohde a. a. O. S. 65—74 und Bekker, Actionen, I S. 145, Note 33, S. 309.

sprochen habe. Die actio tutelae in jus composita per jud. post. war eine generelle Klage und umfasste als solche sämmtliche aus der Administration der Tutel herrührende Verbindlichkeiten, wesshalb sie genau der Attischen δίκη ἐπιτροπῆς entsprach[1]). Sie stand dem Pflegling gegen den Tutor nach beendigter Tutela zu.

Die legis actio tutelae in factum composita per jud. post., später von der Auseinandersetzung (distrahere) des Pfleglings und des Tutors wegen ihres Eigenthums und ihrer Forderungen actio rationibus distrahendis (ein Dativ des Zweckes, wie communi dividundo) genannt, stand dem Pflegling gegen den Tutor zu, dessen Rechnungslegung nach beendigter Tutel ein factum perfidiae enthüllt hatte[2]).

Für die nähere Bestimmung dieser Klagen sind folgende Stellen wichtig:

1) Cicero de off. III, c. 15: Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, vgl. L. 5. D. de dolo malo 4, 3.

2) Cicero de orat. I, c. 36 §. 166: Potes igitur — oratores putare eos, quos multas horas exspectavit — — Scaevola, cum Hypsäus maxima voce plurimis verbis a M. Crasso praetore peteret, ut ei, quem defendebat, causa cadere liceret, Cn. autem Octavius — non minus longa oratione recusaret, ne adversarius causa caderet, ac ne is, pro quo ipse diceret, turpi tutelae judicio — liberaretur? §. 167 — — Atqui non defuit illis patronis — eloquentia — sed juris civilis scientia, quod alter plus lege agendo petebat, quam quantum lex in XII tabulis permiserat: Quod cum impetrasset, causa caderet (necesse erat); alter iniquum putabat plus secum agi, quam quod erat in actione, neque intelligebat, si ita esset actum, litem adversarium perditurum.

3) Cicero pro Caecina c. III: Qui per tutelam — fraudavit quempiam in eo, quo delictum majus est, eo poena tardior. Est enim turpe judicium. Ex facto quidem turpi. — —

4) L. 55, §. 1 D. de admin. et peric. tut. 26, 7: Sed si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus, an ea actione, quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur.

5) Ulpian. lib. 36 ad Edict. L. 1. §§. 19—22 D. de tut. et rationibus distrah. et util. curat. act. 27, 3: Rationibus distrahendis

---

1) Meier und Schömann, Attisch. Process, S. 44, 185, 454; Heffter, Athen. Gerichtsverf. S. 251 fg.

2) Z. vgl. Rudorff, Recht der Vormundschaft III Bd., S. 2—6.

actione non solum hi tenentur tutores, qui legitimi fuerunt, sed omnes, qui tutores sunt, et gerunt tutelam. §. 20. Considerandum in hac actione, utrum pretium tantum duplicetur, an etiam quod pupilli intersit. Et magis esse arbitror in hac actione, quod interest, non venire, sed rei tantum aestimationem. §. 21. In tutela ex una obligatione duas esse actiones constat, et ideo sive tutelae fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest, sive contra, tutelae actio quod ad speciem istam perempta est. §. 22. Hunc tamen tutorem, qui intercepit pecuniam pupillarem et furti teneri Papinianus ait; qui etsi furti teneatur, hac actione conventus furti actione non liberatur; nec enim eadem est obligatio furti ac tutelae, sed plures obligationes, nam et tutelae et furti obligatur.

In der ersten Stelle spricht Cicero bei seiner Erwähnung der Tutela nur vom dolus malus und davon, dass dieser schon durch das Grundgesetz mit Strafen bedroht war, allein weil Cicero an dieser Stelle nicht von den aus der Tutela entspringenden Klagen, sondern nur vom dolus malus zu sprechen hatte, so konnte er damit nur die legis actio tutelae in factum doli mali composita andeuten. Allein weil der dolus malus doch nicht schon mit dem Begriffe des Tutors gegeben ist, und derselbe sich doch wohl nur als eine ausnahmsweise Erscheinung betrachten lässt, so ist der Fall der Ehrlichkeit des Tutors als der gewöhnliche zu setzen, und für die actio tutelae in jus composita um so mehr anzunehmen, als diese viel weniger entbehrlich war, als die neben der actio furti bestehende actio tutelae in factum perfidiae. Darum heisst es in der L. 1. pr. D. de contrar. tut. et util. act. 27, 4: Receptum est, ut tutori suo pupillus sine tutoris auctoritate civiliter obligetur ex administratione scilicet. Etenim provocandi fuerant tutores, ut promptius de suo aliquid pro pupillo impendant, dum sciunt se recepturos id, quod impenderint. Weil die Tutel zu jenen Vertrauensverhältnissen gehört, bei deren Auflösung Rechnung und Gegenrechnung in der Natur der Sache begründet und somit unvermeidlich sind, so muss die erwähnte civile Obligation des Pfleglings um so mehr schon dem ältesten Civilrecht zugeschrieben werden, als ohne diese gegenseitige Abrechnung auch der nach dem Grundgesetze sehr zu bestrafende dolus malus des Tutors nicht hätte ermittelt werden können.

In der zweiten Stelle erwähnt Cicero das turpe tutelae judicium und das plus lege agere nur desshalb, weil er nur an diesem judicium legitimum die auffallende Ignoranz eines Sachwalters beleuchten konnte. Da nun aber die vierte Stelle von einer actio spricht, quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tuto-

rem in duplum, so ist kein Zweifel, dass jener ignorante Sachwalter die in der dritten Stelle angedeutete legis actio tutelae in factum composita auf das triplum oder quadruplum gestellt hatte, und darum plus petendo sachfällig geworden war.

Die Obligatio una, von welcher die fünfte Stelle spricht, ist die Verpflichtung des Tutors zur Rechnungslegung über seine Administration. Weil nun der Tutor dabei nur entweder als ehrlicher oder unehrlicher Verwalter erscheinen konnte, so mussten aus dieser obligatio una jene zwei Klagen hervorgehen, welche diese Stelle als bekannt voraussetzt (in tutela ex una obligatione duas esse actiones constat) und die ich oben erörtert habe.

Hatte sich nun die Verwaltung des Tutors bei der Rechnungslegung als eine redliche erwiesen, konnten sich aber Pflegling und Tutor über das Mass ihrer gegenseitigen Leistungen nicht einigen, war also für beide die Wahl eines unparteiischen beiderseitigen Vertrauensmannes zur Austragung der Sache nothwendig geworden, so musste der Pflegling gegen den Tutor die legis actio tutelae in jus compos. per jud. postulat. anstellen.

Hatte hingegen die Verwaltung des Tutors sich als eine unredliche gezeigt, so konnte der Pflegling vom Tutor den doppelten Ersatz dessen verlangen, was er an seinem Vermögen durch die perfidia desselben eingebüsst hatte. In diesem Falle hatte also der Pflegling die legis actio tutelae in factum composita per jud. postulat. gegen den Tutor anzustellen.

Wie nun die aus demselben Verhältnisse entsprungenen actiones in jus und in factum conceptae sich gegenseitig ausschlossen, so schlossen sich auch die legis actio tutelae in jus und in factum composita gegenseitig aus, wesshalb der §. 21 der fünften Stelle nur eine im natürlichen Verhältniss dieser Klagen begründete Bemerkung ausspricht. Der §. 20 der fünften Stelle hebt hervor, dass das duplum auf das pretium zu beziehen sei. Weil aber dieses pretium rei erst durch Schätzung zu ermitteln war, so war die legis actio tutelae in factum auf das dare einer res incerta gerichtet. Endlich unterscheidet der §. 22 der fünften Stelle ganz deutlich die actio tutelae in factum von der actio furti, weil er diese Klage der aus der Tutela entspringenden actio in factum gegenüberstellt, und diese Gegenüberstellung sogar begründet.

Ich finde also in den angeführten Stellen eine durchgängige Bestätigung sowohl meiner Beweisführung im Allgemeinen als insbesondere der Formeln, welche ich bisher nach ihren einzelnen Bestandtheilen erörtert, nun aber im Zusammenhang anzugeben habe.

Die legis actio tutelae in jus composita per judicis postulatio-

nem hatte also nach den gewonnenen Ergebnissen folgende forma:

A^s. Quod tu tutelam meam gessisti, ob eam rem ego aio inter nos ita agier oportere, ut inter bonos viros bene agier oportet.

N^s. Nego inter nos ita agier oportere, ut tu inter bonos viros bene agier oportere ais.

A^s. Quando injuria negas, ego te provoco.

N^s. Quando injuria ais, etiam ego te provoco.

A^s. Quando provocatus sum, Titium, Praetor, judicem postulo uti des.

N^s. Quando provocatus sum, etiam ego Titium, Praetor, judicem postulo uti des.

Für die legis actio tutelae in factum composita per jud. postulationem, von welcher Cicero de orat. I c. 36 spricht, ergibt sich hingegen folgende forma:

A^s. Aio (Angabe des factum perfidiae), ob eamque rem te mihi tanti aeris duplum dare oportere, quanti ea res est.

N^s. Nego (me tibi quidquam dare oportere).

Hierauf folgten die übrigen so eben angegebenen Acte.

Die oben besprochene actio ex lege Aquilia in jus composita per judicis postulationem hatte demnach folgende forma:

A^s. Quod tu Stichum servum meum injuria occidisti, ob eam rem ego aio te mihi tantum aes dare oportere, quanti id (= ea res) in hoc anno plurimi fuit.

N^s. Nego me tibi tantum aes dare oportere, quantum tu me dare oportere ais.

Hierauf folgten die übrigen Acte dieser legis actio.

Demnach konnte auch die actio ex lege Aquilia in factum composita per jud. postulationem nur so lauten:

A^s. Aio a te Stichum servum meum injuria occisum esse, ob eamque rem te mihi tanti aeris duplum dare oportere, quanti id (= ea res) in hoc anno plurimi fuit.

N^s. Nego (me tibi quidquam dare oportere).

Hierauf folgten die übrigen Acte dieser legis actio.

Wird nun für die legis actio fiduciae in jus composita per jud. postulationem die spätere Intentio angenommen, so gestaltet sich ihre forma so:

A^s. (Demonstratio), ob eam rem ego aio te mihi dare facere oportere, quod ex fide bona dari fieri oportet.

N^s. Nego me tibi id dare facere oportere, quod tu me ex fide bona dare facere oportere ais.

Hierauf folgten die übrigen Acte dieser legis actio.

Für die legis actio fiduciae in factum compositae per jud. postulat. war diese spätere Intentio mit der Clausel ex fide bona unanwendbar, weil diese Klage keine actio bonae fidei, sondern eine actio aequi juris war, und nur auf das dare einer res incerta ging:

A[s]. Aio (Angabe des factum perfidiae), ob eamque rem te mihi tanti aeris duplum dare oportere, quanti ea res est.

N[s]. Nego (me tibi quidquam dare oportere).

Hierauf folgten die übrigen Acte dieser legis actio.

Diese aus der auf das Depositum gerichteten Fiducia entsprungene actio in factum meint Paulus, wenn er in der Collatio X, 7, §. 11 von einer actio depositi in duplum ex lege duodecim tabularum spricht.

Die zweite Hauptart der zweiten pontif. actio generalis enthielt die arbitria.

Zu diesen gehörte die oben besprochene legis actio familiae erciscundae, über welche Gaius in der L. 1. pr. D. famil. erciscundae 10, 2 bemerkt:

Haec actio proficiscitur a lege XII tabularum; namque coheredibus volentibus a communione discedere, necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditaria distribueretur.

Die Acte dieser legis actio habe ich oben (271 fg.) dargelegt, nur die Intentionen der Jurganten können erst an dieser Stelle bestimmt werden.

Die Intentio des Klägers bei der actio tutelae, fiduciae in jus composita lautete: ob eam rem ego aio inter nos ita agier oportere, ut inter bonos viros bene agier oportet. Dieser Intentio konnten sich die Jurganten bei der actio fam. ercisc. nicht bedienen, weil ihnen ein Anspruch nur auf Theilung der familia communis, nicht aber auf gegenseitige Leistungen zustand. Darum musste die Intentio hier auf die Vornahme dieser bestimmten Auseinandersetzung gerichtet werden. Weil jedoch auch die Theilung der familia communis die Interessen der Jurganten auszugleichen hatte, und diese actio somit ebenfalls aequi juris war, so musste diese Natur der actio sich auch in den gleichlautenden Intentionen der Jurganten äussern, wesshalb diese nur so gelautet haben können:

ob eam rem ego aio eam familiam inter nos ita ercisci oportere, ut inter bonos viros bene ercisci oportet.

Wenn ich nun den Fall setze, dass zwei Miterben die Erbgemeinschaft aufheben wollten, so ergibt sich nach den bisherigen Ergebnissen meiner Untersuchungen für diese legis actio familiae ercisc. folgende forma:

A. Quod C. Sempronii familia mihi tecum ex triente communis est, ob eam rem ego aio eam familiam inter nos ita ercisci oportere, ut inter bonos viros bene ercisci oportet.

B. Quod C. Sempronii familia mihi tecum ex besse communis est, ob eam rem etiam ego aio eam familiam inter nos ita ercisci oportere, ut inter bonos viros bene ercisci oportet.

A. Quando ais eam familiam inter nos ercisci oportere, ego te familiam erctum cieo.

B. Quando ais eam familiam inter nos ercisci oportere, etiam ego te familiam erctum cieo.

A. Quando ego familiam erctum citus sum, L. Titium, Praetor, arbitrum postulo uti des.

B. Quando familiam erctum citus sum, etiam ego L. Titium, Praetor, arbitrum postulo uti des.

Die erste Hauptart der zweiten pontif. actio generalis enthielt also die judicia, welche in jus und in factum componirt waren; die zweite die arbitria; beide aber waren actiones in personam aequi juris, wesshalb das gemeinsame Moment dieser Actionen die aequitas darstellt. Die Ansprüche, welche durch diese Klagen geltend gemacht wurden, entsprangen aus relativen Rechten, weil sie ausnahmslos unmittelbar gegen die Person und niemals unmittelbar gegen das Rechtsobject gerichtet waren. Dies gilt auch von den Theilungsklagen, welche Justinian im §. 20 Instit. de act. 4, 6 als actiones mixtae bezeichnet. Allein zwischen absoluten und relativen Rechten kann es kein Mittelding geben, und folglich auch nicht zwischen den aus ihnen abgeleiteten Klagen, wobei noch in Betracht kommt, dass bei der actio in rem das Rechtsobject als ein individuell bestimmtes schon gegeben sein musste, bei den Theilungsklagen aber sich eben darum handelte, diese individuelle Bestimmtheit für die einzelnen Berechtigten zu ermitteln. Nicht die Erbtheilungsklage als solche war eine actio mixta, sondern die Sentenz des Geschwornen enthielt ausser der Adjudication auch noch eine Condemnation: in quibus tribus judiciis permittitur judici rem alicui ex litigantibus ex aequo et bono adjudicare, et si unius pars praegravare videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare (§. 20 Inst. de act. 4, 6).

Die Adaptirung der ersten Hauptart der zweiten pontif. actio generalis für die Geltendmachung der Ansprüche aus dem formfreien Depositum, Pignus, Commodatum und den Consensual-Contracten.

§. 55. Ich habe schon oben (S. 154 fg.) über die Streitfrage ge-

sprochen, ob Ansprüche aus dem formfreien Depositum, Pignus, Commodatum und den Consensual-Contracten, dem Kauf, der Miethe, der Societas und dem Mandat noch in der Form der legis actio verfolgt wurden, welche Frage von Bethmann-Hollweg unter Berufung auf Stellen bei Plautus bei der vermuthungsweisen Annahme bejaht wurde[1]), dass diese Contracte durch ein besonderes Gesetz klagbar wurden. Dieses von Bethmann-Hollweg vermuthete Gesetz war nach den Ergebnissen meiner Untersuchungen die lex Silia, welche dem Prätor urbanus die Sponsio als Organ des Processes an die Hand gab, um die von ihm anerkannten nicht-civilen Obligationen in jure in civile zu verwandeln und die so verwandelten durch die pontif. legis actio per jud. postulationem verfolgen zu lassen.

Als Beispiel einer solchen Adaptirung glaube ich die Verwandlung der nicht-civilen Obligation aus dem formfreien Depositum in eine civile wählen zu müssen, einmal darum, weil ich oben die Verfolgung der Ansprüche aus dem durch die Fiducia vermittelten Depositum dargelegt habe, dann aber auch darum, weil Gaius nur für das Depositum sowohl die actio in jus als in factum concepta angibt (IV 47).

Zunächst drängt sich hier die Frage auf, was den Prätor bewog, Ansprüchen aus dem formfreien Depositum die Klagbarkeit in judiciis legitimis zu gewähren, da doch die Bedürfnisse, welche dieses Depositum befriedigte, durch die Fiducia auch bisher Befriedigung fanden. Abgesehen nun davon, dass der Fiduciar das Eigenthum der hinterlegten Sache erwarb, der Hinterleger also gegen ihn, wenn er die Sache dennoch veräussert hatte, nur mehr die actio fiduciae in factum hatte, das Eigenthum der Sache also für ihn doch verloren war, waren die Formen der Mancipation zur Zeit der lex Aebutia für den gesteigerten Verkehr in ihrer ausschliesslichen Geltung unhaltbar geworden, wesshalb der Prätor, wie ich unten zu zeigen haben werde, sich genöthigt sah, für die Eigenthumsbegründung die Mancipation auf die wichtigsten Fälle zu beschränken, formfreie Erwerbungsarten des Eigenthums anzuerkennen, und diesen die Klagbarkeit in judiciis legitimis zu verschaffen. Was nun des Prätors Vorgang hierbei betrifft, so ist zu bemerken, dass er für das Depositum als solches Klagen nicht erst einzuführen hatte, weil die Ansprüche aus demselben schon bisher klagbar waren und in der Form der legis actio fiduciae geltend gemacht wurden. Die Thätigkeit des Prätors musste sich also hier auf die Einführung des Princips der Formfreiheit auch für das Depositum beschränken. Darum mussten

1) Civilpr. I. S. 166, 167.

auch die Ansprüche, welche aus demselben civilrechtlich bisher bestanden, vorerst unberührt bleiben, und somit auch die aus dem dolus malus des Depositars entspringende actio in duplum fortbestehen. Darum konnte Paulus in der oben (S. 278 fg.) angeführten und besprochenen Stelle (Collatio X, 7, §. 11) geradezu vom Depositum und der actio in duplum ex lege duodecim tabularum sprechen, ohne damit zu behaupten, dass das formfreie Depositum bereits durch das Grundgesetz anerkannt war. Ich gelange also zu dem Ergebniss, dass das in der L. 1. §. 1. D. deposit. 16, 3 enthaltene und oben (S. 270) mitgetheilte Edict, welches mit Ausnahme der da angegebenen Fälle an die Stelle der von Paulus erwähnten actio in duplum die von Gaius in IV, 47 angedeutete actio in simplum gegen denjenigen, welcher die Herausgabe des deponirten Objectes arglistig verweigert[2]), einführt, und dieselbe passiv auch auf den Erben übergehen lässt, nicht mehr der Zeit der Republik, sondern der Zeit der Kaiser angehört, und somit nicht mehr in den Bereich meiner Frage fällt.

Weil nun der Prätor die Ansprüche, welche die Fiducia civilrechtlich begründete, für das formfreie Depositum beibehielt, so konnte das Rechtsgeschäft ebenso noch immer Fiducia heissen, wie die actio in pers. stricti juris in jus composita auch dann noch Condictio hiess, als sie den Act der diei condictio nicht mehr hatte, und wie die actio in rem auch in jener Zeit noch Vindicatio hiess, in welcher sie den Vindications-Act schon längst eingebüsst hatte. So mag es sich erklären, warum die lex Iulia municip. lin. 38 nur die Fiducia, nicht aber auch das Depositum nennt; und warum Cicero in den Stellen, wo er die judicia bonae fidei aufzählt, oder berührt, nur von der Fiducia spricht[3]), während die L. 1. pr. D. de his, qui not. infam. (3, 2) die Fiducia weglässt, dafür aber das Depositum nennt. Als jedoch ein Prätor der Kaiserzeit die actio depositi in duplum auf die qualificirten Fälle des Depositums beschränkt hatte, die für die gewöhnlichen Fälle eingeführte actio in simplum aber passiv auf den Erben übergehen liess, mussten die Fiducia, welche ihre civile actio in duplum behauptete, und das Depositum, welches sie für die gewöhnlichen Fälle einbüsste, auch nominell auseinander treten. Den Irrthum des Theophilus, (in IV, 12. §. 3) für das neuere

---

2) z. vgl. Rudorff Ztsch. f. gesch. RW. XIV Bnd. S. 457 fg. Huschke daselbst, S. 276. fg.

3) de off. III, c. 17, §. 70; pro Roscio Comoedo c. VI §. 16; pro Caecina c. III vgl. de natur. deorum III. c. 30, §. 74.

Recht der L. 1. §. 1. D. deposit. 16, 3 erklärt Ihering [4]) eben durch die Annahme, dass derselbe nur in einer von ihm benützten Notiz eines älteren Iuristen zu suchen sei, welcher die angegebene Neuerung des Edictes noch nicht kannte, und den Nicht-Uebergang der actio depositi wegen des dolus des Erblassers noch als geltendes Recht vortrug [5]).

Weil nun die civilen Ansprüche aus der Fiducia in ihrer auf das Depositum gerichteten Function auch für das formfreie Depositum beibehalten wurden, so beschränkte sich die Thätigkeit des Prätors bei dieser Reform darauf, dass er bei der actio depositi in jus compos. gestattete, dass der Kläger den Beklagten auf Grund der sponsio praejud. zum judicium herausforderte, der Beklagte aber diese Herausforderung annahm; bei der actio depositi in factum hingegen den Beklagten bei sonstiger Execution zwang, die Herausforderung des Klägers anzunehmen. Wird nun für die actio depositi die spätere Intentio mit der Clausel „ex fide bona" angenommen und der Fall gesetzt, welchen Gaius in IV, 47 für die von ihm mitgetheilten Formeln wählt, so ergibt sich für die legis actio depositi in jus folgende sponsio praejudicialis:

A^s^. Quod ego mensam argenteam apud te deposui, spondesne ob eam rem mihi dare facere, quod ex fide bona dari fieri oportet?

N^s^. Spondeo.

An diesen Sponsions-Act schloss sich unmittelbar an die oben dargelegte alte pontif. legis actio in jus composita per judicis postulationem, welche mit der späteren Form der Intentio so lautete:

A^s^. Quod ego mensam argenteam apud te deposui, ob eam rem ego aio te mihi dare facere oportere, quod ex fide bona dari fieri oportet.

N^s^. Nego me tibi id dare facere oportere, quod tu me ex fide bona dare facere oportere ais.

Nun die Acte der acceptio judicii, der judicis postulatio und der litis contestatio.

Demgemäss konnte die sponsio praejud. für die legis actio depositi in factum perfidiae nur so lauten:

A^s^. Si ego mensam argenteam apud te deposui, eaque mensa dolo malo tuo reddita non est, spondesne ob eam rem mihi tanti aeris duplum dare, quanti ea res est (erit)?

N^s^. Spondeo.

---

4) Schuldmoment im röm. Privatrecht S. 32.

5) z. vgl. Ihering a. a. O. auch S. 29, Note 53.

An diesen Sponsionsact schloss sich unmittelbar an die oben dargelegte alte pontif. legis actio in factum composita:

A[s]. Aio me apud te mensam argenteam deposuisse, eamque mensam dolo malo tuo redditam non esse, ob eamque rem te mihi tanti aeris duplum dare oportere, quanti ea res est (erit?).

N[s]. Nego (me tibi quidquam dare oportere).

Nun die Acte der judicii acceptio, der judicis postulatio und der litis contestatio.

Ein besonderes Interesse bietet die hieher gehörige Stelle bei Plautus Menechmi IV 2, V. 9—29, (ed. Ritschel), weil sie nicht blos eine solche actio in factum perfidiae per sponsionem, sondern auch die Einkleidung der Exceptio und Duplicatio des Beklagten in die Sponsio andeutet:

Qui (scil. cluentes) neque leges (scil. fenebres) neque aequum bonum colunt,
Datum denegant, quod datum est:
— — — — —
Viri fraudulenti:
Qui aut faenore aut perjuriis
Habent rem paratam, — — —
Iuris ubi dicitur dies, simul patronis dicitur:
Ad populum aut in jure aut apud aedilem res est.
Sicut me hodie nimis sollicitum cluens quidam habuit, — —
— — — — — — — — — — —
Apud aedilem pro ejus factis plurimisque pessumisque
Dixi causam: condiciones tetuli tortas, confragosas.
Plus minus, quam opus fuerat dicto, dixeram, ut eam sponsio
Controversiam finiret. Quid ille? quid? praedem dedit.
Nec magis manufestum ego hominem unquam ullam teneri vidi:
Omnibus male factis testes tres aderant acerrumi.

Die Handhabung der Wuchergesetze, die kaum gegeben, wieder umgangen wurden, und über deren Umgehung hier auch Menechmus I. an seinem Unglückstage klagt, stand den curalischen Aedilen zu, welche, wie Livius (7, 28; 10, 23; 35, 41) berichtet, die Wucherer mit schweren Geldstrafen auch in Volksgerichten verfolgten, (ad populum res est). Gleichwohl ist hier weder an ein solches judicium populi, noch an die actio in quadruplum ex lege Marcia adversus feneratores zu denken, weil die Verhandlung nicht vor dem Volke, sondern vor dem Aedil stattfindet, die Executivklage ex lege

Marcia aber zur Competenz der tresviri capitales gehörte, (Plaut. Persa I, 2, v. 16 sq), welche solche Geldstrafen einzutreiben hatten. Die Verhandlung vor dem Aedil sollte vielmehr einen Handelsprocess einleiten gegen einen Beklagten, welcher sich in seinen Geschäften allerlei Unredlichkeiten erlaubt hatte; allein diese Instruction des Processes brauchte darum nicht zu Ende geführt zu werden, weil der Beklagte seine Unredlichkeiten früher, und zwar so eingestanden hatte, dass sein Geständniss ihn auch des verdeckten Wuchers schuldig erscheinen liess. Es folgt dies daraus, dass Menechmus I. ausdrücklich sowohl von denegare id datum esse, quod datum est, und von der Verletzung des bonum aequum durch fraudes, als auch von der Umgehung der Wuchergesetze und von praedem dare spricht. Das Geständniss des Beklagten aber erhellt sowohl aus der Frage des Menechmus I.: Quid ille (scil. fecit)? Quid (scil. fecit)?, als ganz besonders aus der Erwähnung der Zweifellosigkeit der Unredlichkeiten des Beklagten und der Gegenwart unwiderleglicher Zeugen. Die Blosstellung des Menechmus I. bestand also darin, dass, nachdem er seine ganze Beredtsamkeit und seinen ganzen Scharfsinn aufgeboten hatte, um eine dem Clienten günstige Fassung der in die Sponsio einzufügenden Exceptio und Duplicatio (= condiciones) zu erwirken, dieser, durch die Zeugen entmuthigt, plötzlich seine Unredlichkeiten, damit aber auch seinen verdeckten Wucher eingestand. Weil nun aber über diesen einbekannten Wucher jede weitere Verhandlung ausgeschlossen war, so hatte der Client zu dem Sachverlust noch für das Aerar die Zahlung der Geldstrafe durch Stellung eines solchen Bürgen sicherzustellen, welcher einen noch nicht verpfändeten Grundbesitz hatte (praes.). —

Weil die Vertheidigung des Beklagten sich nicht auf die Exceptio beschränkte und Plautus den Plural „condiciones" nicht ohne Grund gewählt haben konnte, so sind unter diesem Plural die Exceptio und Duplicatio als negative Bedingungen (si — ni; aut si — ni) zu verstehen.

Während nun das in der L. 1. §. 1. D. depositi 16, 3 enthaltene Edict nur die actio depositi in factum zum Gegenstande hat, lautet das Edict mit dem Commentar Ulpian's über die actio commodati in der L. 1. §. 1. D. commodat. 13, 6 so: Quod quis commodasse dicetur, de eo judicium dabo. §. 1. Hujus edicti interpretatio non est difficilis. Unum solummodo notandum, quod qui edictum concepit, commodati fecit mentionem, quum Pacuvius utendi fecit mentionem.

Durch dieses Edict wird also die actio commodati neu eingeführt,

und weil das Commadatum schon Plautus [6]) und Cicero [7]) kennen, so scheint der Kern dieses Edictes sehr alt zu sein.

Wie die actio commodati, deren zwei Formen Gaius in IV, 47 berührt, so proponirte der Prätor auch die actiones empti venditi, locati conducti, mandati und pro socio u. s. w.

Die Klagbarkeit der Ansprüche auch aus diesen formfreien Contracten wurde durch die sponsio praejudicialis vermittelt, wobei zugleich die nicht-civilen Obligationen in civile verwandelt und die so verwandelten durch die alte pontif. legis actio in jus und in factum composita per jud. postulationem geltend gemacht wurden.

Neue civile Klagen konnte der Prätor nur entweder durch seine legale Interpretation des Civilrechts, oder durch das Medium der sponsio praejudicialis gewinnen; die legale Interpretation war hier unfruchtbar: wenn nun diese Klagen, wie nicht bestritten wird, civile Klagen waren, so können sie vom Prätor nur durch das Medium der sponsio praejudicialis gewonnen worden sein. Dass aber die Entwicklung aller dieser Klagen von der actio fiduciae ihren Ausgang nahm, das wurde auch bisher von den meisten Rechtslehrern angenommen.

Dass Kauf, Miethe u. s. w. zur Zeit des Plautus schon klagbar waren, bestreitet auch Bekker nicht [8]), nur meint er, dass die Klagbarkeit dieser Contracte damals noch durch ihre Einkleidung in stipulationes incertae bedingt gewesen sei, — wofür Stellen bei Plautus [9]) und die Zeugnisse Varro's und Cato's, die bekannten leges locationis und venditionis sprächen, — die Klagbarkeit aus blossem consensus aber erst später anerkannt worden sei. Nach Bekker wurde also die Verfolgbarkeit der Ansprüche aus diesen Contracten in judiciis legitimis durch freiwillige aussergerichtliche, nach der hier vertretenen Ansicht aber durch eventuell erzwungene, stets gerichtliche stipulationes incertae vermittelt. Allein wenn diese Contracte ursprünglich nur durch ihre aussergerichtliche Einkleidung in Stipulationsformen klagbar waren, so bliebe es unerklärlich, wie sie später auch ohne diese Formen civile Ansprüche erzeugen und auch ohne dieses wesentliche Erforderniss ihrer Klagbarkeit klagbar bleiben konnten, da doch ebenso die Stipulatio wie die nur civile Ansprüche schützenden judicia legitima fortbestanden, durch judicia imperio continentia die römischen Bürger aber in die Lage der Peregrinen und Provincialen gebracht

6) Asin. II, 4. V. 38 sq. (483); Curcul. V, 2, 5 (603); Trin. V, 2, 7 (1130). 7) in Verrem II. lib. IV, 3. 8) Aktionen I. S. 312.
9) a. a. O. S. 157, Note 17.

worden wären. Dazu kommt noch, dass die von Bekker für die Zeit des Plautus zur Verfolgung der Ansprüche aus diesen Contracten angenommene actio ex stipulatu wenigstens später entstandenen Gegenansprüchen nicht gerecht werden konnte, weil sie weder die Clausel: ut inter bonos viros bene agier oportet, noch die „ex fide bona" enthielt, und dass diese Annahme zur Entwicklung der bonae fidei judicia nicht aus der judicis postulatio, sondern aus den judicia stricti juris [10]) führt, also wohl nur auf der Verkennung der legis actio per judicis postulationem beruht.

Wie nun bei der pontif. legis actio fiduciae die Tragweite der Clausel: ut inter bonos viros bene agier oportet, sich durch den concreten Inhalt der Nuncupatio bestimmte, und die Parteien auch nach Beseitigung der für das depositum erforderlichen Mancipatio u. s. w. genöthigt waren, für die Klagen aus diesen Contracten den arbitratus judicis durch besondere Vereinbarungen einzuschränken, wenn sie nach Beschaffenheit des concreten Falles es nicht für gerathen fanden, sich seinem unbeschränkten Ermessen anzuvertrauen, so mussten sie um so mehr bei den Klagen aus den noch unentwickelten Consensual-Contracten die Tragweite der erwähnten Clausel und dadurch auch den arbitratus judicis so lange durch besondere Vereinbarungen fixiren, bis für diese Contracte die wichtigsten Grundsätze Anerkennung gefunden und bleibend sich festgesetzt hatten. Ich treffe also auch von meinem Standpunkte mit Bekker [11]) darin zusammen, dass neben diesen Vereinbarungen von einer freien Bewegung im richterlichen Officium keine Rede sein konnte, woraus zugleich sich von selbst ergibt, dass für die exceptio doli generalis bei diesen Klagen in dieser Zeit noch weniger Raum war.

Wenn aber Cicero diese Exceptio schon ein „everriculum malitiarum omnium" nennt; wenn im Processe der Otacilia die exceptio doli mali sogar gegen einen formalen Anspruch gewährt wird; wenn endlich Scaevola (bei Cicero de off. III, 17, §. 71) der Clausel „ex fide bona" die summa vis zuschreibt, dann dem judex bei bonae fidei judiciis die Aufgabe gegeben wird, festzustellen, „quid quem cuique praestare oporteat," und unmittelbar darauf von „astutias atque malitiam tollere" die Rede ist, so ist wohl kein Zweifel, dass da unter der summa vis der erwähnten Clausel bereits die Inhärenz der exceptio doli generalis zu verstehen ist, woraus aber wieder von selbst folgt, dass diese Clausel in diesem Sinne erst in Cicero's Zeit jene weite Anwendung finden konnte, welche Scaevola (a. a. O.) vertrat. Aus dieser Freiheit des richterlichen Officium mag es sich

10) Aktionen I. S. 156. 11) a. a. O. S. 163.

wohl auch erklären, wie Klagen, welche diese Clausel gar nicht enthielten, z. B. das arbitrium rei uxoriae, die actiones in factum perfidiae, gleichwohl als bonae fidei actiones bezeichnet werden, wie also diese Klagen sich zuletzt mit den actiones aequi juris identificiren konnten.

Wenn endlich Bekker aus dem Umstande, dass Cicero und sogar die lex Julia municipalis das depositum, pignus commodatum nicht erwähnt, folgert, dass diese Geschäfte damals zwar klagbar, aber noch nicht Sachen bonae fidei waren [12]), so ist dagegen zu bemerken, dass diese Rechtsgeschäfte ebenso unter dem alten civilrechtlichen Begriff der fiducia begriffen werden konnten, wie sie nach Bekkers eigenen Forschungen [13]) auch Plautus nur unter dem generellen Begriff des creditum oder des Anvertrauten begreift.

Die pontific. legis actio tutelae stand mit dem gesteigerten Verkehr in keinem Zusammenhang; sie konnte also bis zu den leges Juliae in Uebung bleiben. Darauf deutet Cicero hin, wenn er in den oben S. 298 angeführten und besprochenen Stellen die legis actio tutelae in factum composita wählt („lege agendo plus petebat"), um an ihr die Ignoranz eines Sachwalters zu illustriren, welcher plus petendo sachfällig geworden war.

Die actiones der zweiten Hauptart der zweiten pontif. actio generalis, die arbitria, wurden von den veränderten Verhältnissen des Verkehrs ebenfalls nicht berührt, und blieben somit bis zu den leges Juliae in Uebung. Eine Bestätigung dessen enthält die Stelle bei Cicero de orat. I, 56 §. 237: qui, quibus verbis erctum cieri oporteat, nesciat, idem erciscundae familiae causam agere non possit, wo das Praesens „oporteat" und „possit" auf den Gebrauch dieser legisactio noch in der Zeit des Cicero hindeutet, wesshalb auch Rudorff [14]) diese legis actio durch die lex Aebutia nicht ausser Uebung kommen lässt. Dasselbe folgt aus Cicero pro Caecina c. 7: nomine heredis arbitrum familiae erciscundae postulavit. Doch wurde die von Cicero de legibus I, c. 21. §. 55 erwähnte actio ex lege XII tab. (die controversia de fine) durch die lex Mamilia beseitigt [15]).

Die zweiten Hauptarten der ersten und zweiten pontif. actio generalis hatten also das Gemeinsame, dass sie bis zu den leges Juliae in Uebung blieben.

Werden nun die sponsiones praejudiciales der ersten Hauptarten der ersten und zweiten pontif. actio generalis mit einander ver-

---

12) Aktionen I. S. 166. 13) a. a. O. S. 145, Note 35.
14) Rg. I. S. 105. 15) Rudorff, Edict. perpet. pag. 87.

glichen, so zeigt sich, dass sie genau den legis actiones entsprechen, deren Brauchbarkeit für das prätorische Recht sie zu vermitteln hatten, und dass sie somit diesen legis actiones entsprechend, zwei genera sponsionum darstellen. Das sind aber zwei genera sponsionum jener vier genera, welche Gaius in IV, 1 erwähnt, und mit den vier genera actionum der Schule des Labeo in Verbindung bringt.

XIII. Capitel.

Die dritte pontif. actio generalis und die Einführung neuer zur Verfolgung und Vertheidigung auch des bonitarischen Eigenthums an Sclaven in Statusfragen brauchbaren legis actiones in rem neben der ersten Hauptart der dritten pontif. actio generalis.

§. 56. Weil zu Gaius Zeiten die legis actio in rem per sacram. nur mehr als Eigenthums- und Erbrechtsklage vor den Centumvirn praktisch war, wie er selbst in IV, 31 andeutet und sein Zeitgenosse Gellius in XX. 10 angibt, so beschränkt Gaius seine Angaben über diese legis actio in IV, 16 auf den Fall, in welchem nicht die Frage, ob Jemand überhaupt Sclave, sondern nur wessen Sclave er sei, zur Entscheidung vorlag. Dass aber einst diese legis actio auch zur Entscheidung über die Frage, ob Jemand überhaupt Sclave sei, diente, dies geht aus seinen Bemerkungen über das Sacramentum in IV, 14 hervor: At si de libertate hominis controversia erat, etsi pretiosissimus homo esset, tamen ut L assibus sacramento contenderetur, eadem lege cautum est — —. Auch ist es gewiss ein bezeichnender Umstand, dass gerade der assertor in libertatem eigentlich vindex hiess, und dass das vindicare geradezu die Bedeutung von liberare erhielt [1]). Es ist somit kein Zweifel, dass auch die Frage, ob Jemand die publicistische Qualität der libertas, oder diese oder jene familienrechtliche Qualität besitze, also die Fragen, welche später durch die s. g. Statusklagen entschieden wurden, in der ältesten Zeit in der Form der legisactio in rem per sacram. zur Entscheidung gebracht wurden. Die verschiedenen familienrechtlichen Qualitäten einer Person bestimmten sich in der späteren Zeit nach der Verschiedenheit der potestates des pater familias und ihrer Surrogate (tutela, cura), allein ursprünglich hatte die Herrschaft des Hausherrn über Weib, Kinder und Sclaven, die Herrschaft des Gläubigers über seinen Schuldner, die des Eigenthümers über sein Eigenthum

1) Z. B. Livius I. c. 4; a crudelitate vindicare.

den gleichen Inhalt und den gleichen Charakter einer vollkommenen Machtfülle [2]). Diese Herrschaft des Hausherrn über seine familia, Sachen sowohl als Personen, hiess ursprünglich manus [3]), und Livius fasst sogar die tutela muliebris mit der patria potestas und manus mariti unter dem Ausdruck „manus" zusammen [4]); erst später spaltete sich diese Herrschaft in die väterliche, eheherrliche Gewalt und das Eigenthum an Sclaven, wiewohl der Sclave mit der Sache niemals ganz identificirt wurde [5]). Die dieser einheitlichen Herrschaft des pater familias entsprechende Qualität des Rechtsobjectes war die „Angehörigkeit" im Allgemeinen, also das esse alicujus ex jure Quiritium, wesshalb diese Angehörigkeit ebenfalls in der allgemeinen Form des „aio hunc hominem — meum esse" geltend zu machen war, mochte der „Angehörige" Sclave, Sohn, Tochter, Gattin (in manu) oder ein homo liber in mancipio gewesen sein. Welchen Namen der Angehörige hatte, und welche besondere Art der Angehörigkeit im besonderen Falle geltend gemacht wurde, das hatten die Litiscontestationszeugen für den Inhalt des Urtheils ebenso zu constatiren, wie sie auch die ganze Individualität eines fundus zu constatiren hatten. Der Angehörige befand sich also in manu, potestate patris familias, mariti, domini.

Dem gegenüber kannte aber das Grundgesetz auch eine potestas in homine.

So heisst es bei Cicero de iuvent. II, 50, §. 148: Lex: Si furiosus escit, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto. Wie nun hier die cura legitima eine potestas in homine genannt wird, so heisst in der L. 1. pr. D. de tutelis (26, 1) nach der Definition von Servius Sulpicius, dem Freunde Cicero's, die tutela eine vis ac potestas in homine libero. Die Vormundschaft galt nicht als Pflicht gegen den Pupillen, sondern als ein Recht an seiner Person. Darum erscheint sie nur als wirthschaftliche Schirmherrschaft und im letzten Grunde nur als ein Vermögensrecht und Anhang des eventuellen Erbfolgerechtes, dazu bestimmt dieses zu sichern und zu ergänzen. Diese Natur einer wirthschaftlichen Schirmherrschaft zeigt nicht bloss die Agnatentutel, sondern auch die testamentarische Tutel, wie dies die Worte des Grundgesetzes noch deutlich erkennen lassen: Uti legassit (paterfamilias) super pecunia tutelave rei suae, ita jus esto, wozu Ulpian

---

2) Ihering, Geist II. 1. S. 95, 139. 3) Ihering, Geist II. 1, S. 153.
4) Liv. 34, 2: in manu esse parentum, fratrum, virorum.
5) Ihering Geist II, 1. S. 154.

in der L. 1. pr. D. de legitim. tut. 26, 4 und L. 3. §. 7. eod. folgenden Commentar gibt: hoc summa providentia, ut qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur, und hierauf: legitima hereditas, ergo et tutela [6]).

Es gab also im pontif. Civilrecht ebenso einen „homo in potestate" und eine „potestas in homine", wie es eine res alicujus ex jure Quiritium und ein jus in re gab. Es entspricht daher die vollkommene Herrschaft über eine Person und die Ausübung derselben in einer bestimmten Richtung genau der vollkommenen Herrschaft über eine körperliche Sache und der Ausübung derselben in einer bestimmten Richtung. Wie nun das jus in re keinen Theil des Eigenthums, sondern nur das Recht der Ausübung desselben in einer bestimmten Richtung enthält, so enthält auch die potestas in homine keinen Theil der patria potestas, sondern nur das Recht der Ausübung derselben in einer bestimmten Richtung. Dieser Unterscheidung zwischen dem homo in potestate und der potestas in homine und der dabei hervortretenden Analogie der potestas in homine und des jus in re muss somit auch die Formel entsprochen haben, mit welcher die tutela und cura vindicirt wurde. Weil nun die Formel der Cession der Formel der Vindication entsprach, die Formel der Cession der tutela legitima [7]) wegen der besprochenen Analogie der potestas in homine mit dem jus in re aber der Formel der Cession der jura in re entsprochen haben muss, so können die Worte des Pomponius über die Cession der Servituten [8]) auch für die Cession der tutela legitima, und somit auch für die Vindication jeder Tutel verwerthet werden, weil die Tutel zwar nur der Tutor legitimus cediren, aber jeder Tutor vindiciren konnte [9]).

Weil nun der „homo in potestate" von „der potestas in homine" genau unterschieden wurde, diese Unterscheidung aber sich nur als ein Gegenstück der Unterscheidung der res alicuius und des jus in re darstellt, so muss es ebenso eine vindicatio hominis und potestatis in homine gegeben haben, wie es eine vindicatio rei und juris in re gab. Hiernach muss auch die dritte pontif. actio generalis zwei Hauptarten enthalten haben: I) die vindicationes hominis, II) die vindicationes potestatis vel juris in homine.

---

6) Kuntze, Excurs. S. 390. 7) Gaius I, 168, Ulp. XI, 6, 8, 17.

8) L. 20. D. de servit. praed. rust. 8, 3: Si mihi — (con)cesseris — — uti frui eo jus esse, deinde ego (con)cessero jus mihi uti frui non esse.

9) Ihering, Geist II, 2, S. 521.

Nähere Bestimmung der dritten pontif. actio generalis, ihrer Hauptarten und Unterarten.

I) die vindicationes hominis.

§. 57. Die praktisch wichtigsten Unterarten der vindicatio hominis waren ohne Zweifel die Gestaltungen des judicium liberale, welche sich zunächst darnach bestimmten, ob der in Anspruch genommene Mensch bisher sich in libertate oder in servitute befand. Es ergibt sich also zunächst 1) die vindicatio hominis in libertate versantis, 2) die vindicatio hominis in servitute morantis.

Die einfachste und praktisch wichtigste Gestaltung der vindicatio hominis enthielt den einfachen Conflict der dominica potestas mit der libertas, allein der Process der Verginia (Livius III 44—48, Dionys. XI 28—37) zeigt, dass auch doppelte Conflicte der dominica potestas mit der libertas und patria potestas oder manus oder mancipium rechtlich möglich waren.

Angenommen nun, dass im Processe der Verginia [1]) der Client des Appius Claudius den sich erbietenden vindices die legitimatio ad causam nicht bestritten, und der Decemvir einen derselben als tauglich zugelassen hätte, dann wäre der Fall einer gewöhnlichen vindicatio hominis in libertate versantis vorhanden gewesen. Die Formel der vindicatio hominis in libertate versantis muss aber ein Gegenstück der actio confessoria gewesen sein, weil das praedium liberum dem homo liber entspricht, mit dem durch die Natur der Sache gegebenen Unterschiede, dass es sich bei einem praedium um das Vorhandensein nur einer bestimmten Servitus, beim Menschen aber um seine allgemeine Servitus handelte. Die Vindicatio hominis in libertate versantis muss also, wie die actio confessoria, ihrer Natur nach eine actio simplex gewesen sein. Die von Gaius in IV. 16 mitgetheilte forma der legis actio in rem per sacram. ist demnach für diesen Fall so zu modificiren:

Domin.: Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio secundum suam causam. Sicuti dixi, ecce tibi, vindictam imposui.

Vindex: Nego hunc hominem ex jure Quiritium tuum esse secundum suam causam. Sicuti dixi, ecce tibi, vindictam imposui.

Praet.: Mittite hominem.

Domin.: Postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris.

Vindex: Jus tibi negavi sicuti vindictam imposui.

---

1) Mein „Process der Verginia" S. 41 fg. und oben S. 174 fg.

Nun die Acte der acceptio judicii, der Ablegung des Sacrationseides, der Besitzregulirung nach dem Antrage des Vindex, und der Litiscontestatio.

Die poena temere litigantium war für die causa liberalis auf 50 asses beschränkt, und weil Gaius in IV, 16 ausdrücklich hinzufügt: seu L asses nominabant (scil. litigatores), so konnte der Vindex seine provocatio sacramento interposito statt durch „Similiter ego te" wohl auch durch Wiederholung der ganzen klägerischen provocatio so ausdrücken: Quando injuria vindicasti, etiam ego te L aeris sacramento provoco.

Die auf „hunc hominem" gerichtete Fassung der forma kennzeichnet dieselbe als eine unmittelbar gegen das gegenwärtige Rechtsobject gerichtete actio in rem, und weil durch diese Fassung das Rechtsobject von vornherein endgiltig bestimmt erscheint, zugleich als eine actio stricti juris. Wenn also bei dieser forma die Rechtsverneinung absolut lautet, so entspricht dies nur der Natur aller actiones stricti juris. Dass aber die absolute Verneinung des Beklagten bei der legis actio sacramento als die dieser legis actio entsprechende galt, dies deutet auch Varro L. L. V. 180 an, wenn er dem Beklagten bei dieser legis actio nur das „infitiari" zuschreibt.

Im Munde des Klägers enthält die „sua causa" alle möglichen Rechtsgründe, mit welchen er seine dominica potestas zu beweisen gedenkt; im Munde des Beklagten alle möglichen Rechtsgründe, mit welchen er den Anspruch des Klägers entkräften will. Den Vindicationsact des vindictam imponere nimmt der Kläger vor, um seine dominica potestas auszuüben. Weil aber der Vindex diesen seinen Namen nur vom vindicere, also vom vindictam imponere, erhalten hatte, — wenn man nicht nach bekannter Analogie den Ausdruck vindex von non vindicando ableiten will, — so muss auch der Vindex das vindicare, oder das vindictam imponere vornehmen. Varro L. L. VI, 64: Hinc adserere manum in libertatem, quom prendimus. Weil nun das vim dicere nur „Gewalt äussern" bedeutet, so kann dadurch ebenso die Ausübung eines eigenen Rechtes, als die Störung oder Bestreitung der Ausübung des Rechtes eines Anderen ausgedrückt werden. Der Vindex kann und will kein eigenes Recht ausüben, folglich nimmt er den Vindicationsact nur vor, um dem Kläger die Ausübung seines Rechtes zu bestreiten, und dadurch die Intervention des Prätors und die Besitzregulirung zu veranlassen. Weil aber das vim dicere sowohl die Ausübung eines eigenen Rechtes als die Bestreitung der Ausübung des Rechtes von Seite des Gegners versinnlichen kann, so wird

durch den Vindicationsact des Vindex der Kläger veranlasst, ihn um das Motiv seines Vindicationsactes zu fragen. Diese Frage kann der Vindex in Uebereinstimmung mit seiner „infitiatio" nur dahin beantworten, dass er damit das Recht des Klägers verneine. Die Form dieser Antwort war ohne Zweifel der Gegensatz des jus peragere, also das jus negare, wesshalb im gegebenen Falle die Antwort des Vindex nur lauten konnte: jus tibi negavi, sicuti vindictam imposui.

Die forma der vindicatio hominis in libertate versantis war also eine actio simplex, welche als solche dem Vindex den grossen Vortheil gewährte, dass er des schwierigen Beweises der Freiheit des Menschen enthoben war, der beanspruchte Mensch also frei blieb, so bald es nur dem Kläger nicht gelang, seinen Anspruch völlig zu erweisen.

Es fragt sich aber, ob der Vindex, wenn er seiner Sache völlig sicher war, nicht doch zur actio duplex greifen, eine ausdrückliche Anerkennung der Freiheit des Menschen durch Urtheil veranlassen und dadurch den Kläger in die missliche und gefährliche Lage bringen konnte, gestehen zu müssen, ein frevelhaftes Attentat auf die Freiheit eines römischen Bürgers verübt zu haben. Weil nun diese Statusklage noch in jener Zeit die **mögliche** Function einer actio duplex hatte, in welcher sie die Natur einer actio duplex sogar formell nicht mehr annehmen konnte[1]), so erscheint die Annahme zulässig, dass der favor libertatis dem Vindex auch die actio duplex gestattete, dieser also der klägerischen Rechtsbehauptung auch die positive Behauptung entgegenstellen konnte:

Hunc ego hominem ex jure Quiritium liberum esse aio secundum suam causam. Sicuti dixi, ecce tibi, vindictam imposui.

Die sua causa enthält hier alle möglichen positiven Rechtsgründe der Freiheit des Menschen, und den Vindicationsact nimmt der Vindex auch hier nur darum vor, um dem Kläger die Ausübung seines Rechtes zu bestreiten und dadurch die Intervention des Prätors und die Besitzregulirung zu veranlassen.

Allein mochte die actio duplex auch schon in dieser Zeit dem Vindex gestattet sein — die pontif. Vindicationsformel erzeugte kein Hinderniss —, so ist doch die actio simplex als die normale Gestaltung der vindicatio hominis in libertate versantis zu betrachten, weil der vindex zur actio duplex eben nicht gezwungen werden konnte.

Die Pronomina de forma agendi „ego" und „tu", sowie das

---

1) L. 39. pr. D. de causa lib. 40, 12; L. 14. D. de probat. 22, 3.

vom gegenwärtigen Rechtsobjecte gebrauchte „hic“ haben eine ebenso weit reichende Allgemeinheit, wie die späterenBlankett-Namen in der Formel des Prätors. Wie nun später der Prätor seinen Blankett-Namen die individuellen Bezeichnungen der Parteien zu substituiren hatte, so mussten im Processe des Grundgesetzes die Litiscontestationszeugen die individuellen Namen der Parteien und des Rechtsobjectes den Geschwornen bezeugen, damit dieselben in der Lage waren, diese Namen in die Sentenz aufzunehmen, und der Rechtskraft des Urtheils eine sichere Grundlage zu geben. Weil aber auch das „meum esse“ nur die „Angehörigkeit“ im Allgemeinen bezeichnete, diese aber durch verschiedene potestates begründet werden konnte, so hatten die Litiscontestationszeugen für die Untersuchung und den Inhalt des Urtheils auch anzugeben, welche besondere potestas im gegebenen Falle geltend gemacht wurde. Weil die Formel des Prätors nach dem Wegfall der Litiscontestationszeugen bereits selbst alle individuellen Momente des Processes enthielt, so lässt sich aus ihrer Fassung kein Argument gegen die hier behauptete abstracte Natur der pontif. Vindicationsformel ableiten.

Das Urtheil der Geschwornen enthielt die Pronuntiatio und im Anschluss an diese als Folge die Erklärung über die Strafe, also wessen sacramentum als justum, wessen als injustum angesehen werde (videri). Die Pronuntiatio enthielt alle von den Litiscontestationszeugen bezeugten individuellen Momente des Processes, und somit auch der Rechtskraft des Urtheils; der richterliche Ausspruch über die Strafe enthielt die Grundlage für das nachfolgende „judicare sacramenta“, auf welches ich unten zurückkommen werde.

Der Decemvir Appius Claudius hatte im Processe der Verginia nach dem Antrage des Klägers die sich erbietenden Vindices als nicht legitimirt zur causa zurückgewiesen, weil er in diesem Falle einen Conflict der dominica potestas mit der patria potestas erblickte. Zugleich wird aber dieser Process von allen Berichterstattern als eine causa liberalis angegeben, und als solche dargelegt. Der Decemvir konnte nun nicht leugnen, dass es sich in diesem Falle doch hauptsächlich nur um die Freiheit der schönen Plebejerin handelte; wenn er also dennoch darin den erwähnten Conflict fand, so muss er der Ansicht gewesen sein, dass in diesem Falle ein doppelter Conflict der dominica potestas mit der libertas und der patria potestas vorliege, dass somit die vindicatio hominis in libertate versantis als actio simplex in diesem Falle unanwendbar, und dafür jene Form der actio duplex zu wählen sei, welche auch den Conflict der dominica potestas mit der libertas und patria potestas aufzunehmen vermöge.

Weil nun die Clausel der Vindicationsformel „sua causa“ den ganzen dem Rechtsobjecte angehörenden Rechtszustand bezeichnet, wie dieser einerseits vom Kläger, andererseits vom Beklagten aufgefasst und geltend gemacht wird, so konnte der Vater gezwungen werden, seine Behauptung positiv zu fassen und nicht bloss die Frage der libertas, sondern auch die patria potestas in judicium zu deduciren, also seine Vertheidigung in jene Form der actio duplex einzukleiden, welche in Anwendung kam, wenn Kläger und Beklagter am nämlichen Rechtsobjecte die Hausherrlichkeit (manus) geltend machten. Der Kläger muss also unter Beistimmung des Decemvirs folgende Gestalt der actio duplex für diesen Process gewählt haben:

Domin.: Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio secundum suam causam (id est servitutem). Sicuti dixi, ecce tibi, vindictam imposui.

Vindex: Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio secundum suam causam (id est libertatem et patriam potestatem). Sicuti dixi, ecce tibi, vindictam imposui.

Nun die von Gaius in IV, 16 angegebenen Acte der actio duplex. Wird nun der gegebene Processfall in diese Forma eingekleidet, so wird der Conflict der dominica potestas mit der patria potestas zur Hauptfrage gemacht, die Frage der libertas aber zur Vorfrage herabgedrückt, wesshalb wohl die Frage entstehen konnte, ob die vindiciae auch in diesem Falle nur nach dem Antrag des Vaters, also zugleich secundum libertatem zu geben seien. Gerade weil diese Formel die Besitzregulirung dem arbitrium des richterlichen Magistrats anheimstellte, gerade dieses Umstandes wegen mag sie der Decemvir seinem Clienten empfohlen haben. Wenn nun wohl nicht angenommen werden kann, dass ein Mann, welcher an der Decemviralgesetzgebung einen so hervorragenden Antheil genommen hatte, und sogar als juristische Berühmtheit seiner Zeit bezeichnet wird, die Formen des Processes plump verletzte, so muss die Zulässigkeit dieser Form der causa liberalis anerkannt, das Unrecht des Appius Claudius aber darin gesucht werden, dass er in diesem Processe dem Vindex nicht bloss die freie Wahl zwischen der actio simplex und duplex benehmen, sondern ihm auch eine erdrückende Beweislast aufbürden lassen wollte.

War aber ein Conflict der dominica potestas mit der libertas und patria potestas rechtlich möglich, dann muss es auch einen Conflict dieser potestas mit der libertas und der manus oder dem mancipium gegeben haben. Solche Conflicte ergeben sich, wenn angenommen wird, dass Icilius die Verginia bereits geheirathet hätte,

oder dass der Vater dieselbe in das Mancipium gegeben hätte, ehe der Angriff auf ihre Freiheit erfolgte.

Ich gelange zur vindicatio hominis in servitute morantis. Die vindicatio hominis in libertate versantis habe ich oben in gewissen Beziehungen als Gegenstück der actio confessoria bezeichnet. Eine freilich sehr beschränkte Analogie hätte nun gewiss auch zwischen der vindicatio hominis in servitute morantis und der actio negatoria bestanden, wenn nicht der favor libertatis[2]) dem Dominus es verwehrt hätte, die Frage seiner dominica potestas so in judicium zu deduciren und durch Urtheil entscheiden zu lassen, wie der Servitutsberechtigte über die Frage seiner Berechtigung ein ausdrückliches Urtheil veranlasste, natürlich mit dem in der Sache begründeten Unterschiede, dass bei der actio negatoria der Eigenthümer nicht die Freiheit des praedium von *jeglicher* servitus, sondern nur die Freiheit von einer *bestimmten* servitus behaupten konnte, der Vindex aber nur die Freiheit des Menschen von *jeglicher* servitus behaupten konnte. Demnach musste die von Gaius in IV, 16 mitgetheilte legis actio in rem per sacram. für die vindicatio hominis in servitute morantis mit folgenden Modificationen als actio simplex in Anwendung kommen:

Vindex: Hunc ego hominem ex jure Quiritum liberum esse aio secundum suam causam. Sicuti dixi, ecce tibi, vindictam imposui.

Domin.: Nego hunc hominem ex jure Quiritium liberum esse secundum suam causam. Sicuti dixi, ecce tibi, vindictam imposui.

Hierauf folgten die von Gaius in IV, 16 angegebenen, weiteren Acte. Die Frage des Klägers nach dem Motiv des vom Beklagten vorgenommenen Vindications-Actes konnte der letztere auch hier nur mit den Worten: jus peregi sicuti vindictam imposui, beantworten, weil er durch den Vindications-Act nur die Ausübung seines Rechtes vollzog.

Die Frage, ob der Vindex auch in diesem Falle den Vindications-Act des vindictam imponere vollzog, ist bekanntlich sehr betritten, indem Einige diesen Act hier verwerfen, Andere denselben auf Grund positiver Anhaltspuncte zwar annehmen, aber seine Nothwendigkeit nicht erklären[3]).

Ich habe nun schon oben hervorgehoben, dass der Vindex seinen Namen gerade von vindicare, also von vindictam imponere er-

---

2) Bethmann-Hollweg, Civilpr. II, S. 337. — 3) Vgl. Bethmann-Hollweg, Civilpr. I, S. 138, Note 16; Keller, Institut. S. 211 fg.

halten hatte, der Vindications-Act des Vindex also schon mit seinem Namen gegeben ist. Die Bedeutung des vom Vindex vollzogenen Vindications-Actes lag, wie bemerkt wurde, darin, dass durch denselben dem Beklagten die Ausübung seines Rechtes, also sein Besitz bestritten, dadurch aber die Besitzregulirung nothwendig wurde. Ohne diesen Vindications-Act hätte es also sogar keine Besitzregulirung gegeben. Weil nun aber diese ein wesentlicher Act jeder Vindication war, so musste der Vindex in der causa liberalis diesen Act vollziehen, mochte er Kläger oder Beklagter sein. Im gegebenen Falle ging also die Behauptung des Vindex dahin, dass er die gesetzliche Freiheit des anwesenden Menschen geltend mache, und in Gemässheit dieser seiner Erklärung dem Beklagten durch den Vindications-Act die Ausübung seines Rechtes bestreite.

Ausser den Fällen der causa liberalis muss es aber noch andere vindicationes hominis gegeben haben, welche als solche ebenfalls zur ersten Hauptart der dritten pontif. actio generalis gehörten. Dies folgt zunächst aus jener Bestimmung des Grundgesetzes, wornach, wenn der verurtheilte Schuldner binnen 30 Tagen seine Schuld nicht zahlte, der Gläubiger das Recht hatte, gegen ihn mit der manus injectio vorzugehen und durch dessen Vorführung vor Gericht über ihn sich die manus zu erwerben, wenn auch jetzt die Schuld nicht bezahlt wurde, oder wenn nicht ein Vindex nach Vorschrift des Gesetzes (jure) gegen die manus des Gläubigers Einsprache erhob[4]). Wenn nun gegen den die Hausherrlichkeit über den Schuldner ansprechenden Gläubiger ein Vindex auftrat, so war auch dieser Streit in der Form der Vindication durchzuführen, weil der Vindex eben nur vindiciren kann; allein dieser Streit war weder eine causa liberalis, weil die Freiheit des Schuldners nicht fraglich war, noch ein Conflict gleichartiger oder verschiedener Gewalten in der Form der actio duplex, weil der Vindex für sich kein Recht an der Person des Schuldners geltend machte. Dieser Vindex konnte also weder die actio duplex der gewöhnlichen causa liberalis, noch die actio duplex anstellen, welche Gaius in IV, 16 angibt, sondern er war auf jene actio simplex angewiesen, in welcher er bloss das Recht des Klägers verneinte:

Gläubig.: Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio se-

4) Lex XII tab. III, 3: Ni judicatum facit, aut quis endo eo jure vindicit, secum ducito. Der Beisatz jure hat hier den Sinn, wie das jure rogare, jure sciscere in den Praescriptionen der Gesetze. Schölls Leseart: in jure, ist nicht bloss überflüssig, weil schon das vorausgehende Fragment 2 die in jus ductio verfügt, sondern auch sinnstörend.

cundum suam causam. Sicuti dixi, ecce tibi, vindictam imposui.

Vindex: Nego hunc hominem ex jure Quiritum tuum esse secundum suam causam. Sicuti dixi, ecce tibi, vindictam imposui.

Dieser Vindex hatte also dieselbe actio simplex anzustellen, welche ich oben bei der vindicatio hominis in libertate versantis besprochen habe. Die weitreichende Function der Angriffs- und Vertheidigungsclausel (sua causa) tritt in diesem Falle besonders deutlich hervor. Die Besitzregulirung konnte der Magistrat in diesem Falle nach seinem Ermessen vornehmen, weil dieser Process keine causa liberalis war.

Weil aber auch die mancipii causa eine Hausherrlichkeit begründete, welche als solche ebenfalls in der Form der Vindication geltend zu machen war, der Contravindicant auch in diesem Falle nur Einsprache gegen die Hausherrlichkeit des Klägers zu erheben, nicht aber die Freiheit des Menschen oder ein eigenes Recht an demselben geltend zu machen hatte, so folgt daraus, dass auch diese vindicatio hominis liberi nur eine actio simplex sein konnte. Eine solche vindicatio hominis liberi als actio simplex muss endlich auch die Klage des Vaters oder des Gatten gewesen sein, welcher an seinem Kinde, beziehungsweise seiner Gattin, die patria potestas, bez. manus geltend machte [4a]). Doch konnte in den letzten Fällen der Contravindicant kein Vindex gewesen sein, weil in diesen Fällen kein unbetheiligter Dritter gegen die patria potestas, bez. manus Einsprache erheben konnte.

Die erste Hauptart der dritten pontif. actio generalis enthielt also die vindicationes 1) hominis in libertate versantis, 2) hominis in servitute morantis, 3) hominis liberi.

Die vindicationes hominis unterschieden sich also von den vindicationes rei dadurch, dass jene wesentlich actiones simplices, diese wesentlich actiones duplices waren, und dass das Rechtsobject bei den ersteren noch immer als Persönlichkeit galt, das der letzteren aber auch in dem Falle des Eigenthumsstreites über einen Sclaven darum nur eine Sache war, weil der Sclave, wenn er auch sonst nicht consequent als Sache galt, doch als Vermögensbestandtheil nur als eine Sache behandelt und als solche zu den moventia (Gaius IV, 16) gerechnet, also auch der Eigenthumsstreit über ihn nur in der Form der actio duplex ausgetragen wurde.

4a) Vrgl. jetzt Bekker, Aktionen, I, S. 204.

II. Vindicatio potestatis vel juris in homine.

Cicero de orat. I, 38 [1]) führt unter den causae centumvirales auch die Processe um die Vormundschaft an; folglich muss auch die Tutela in der Form der legisactio in rem per sacramentum verfolgt und vertheidigt worden sein. Das Gleiche muss aber auch von der cura furiosi, später auch des prodigus, angenommen werden, weil die Lex auch die cura als eine potestas in homine bezeichnet, Cicero aber die causae centumvirales nicht erschöpfend anzugeben hatte. (vgl. Theoph. zu pr. Inst. de iis, per quos agere poss. IV, 10). Da aber die Tutela und Cura nur potestates in homine libero waren, so war der Gegenstand der Vindication nicht der Mensch, sondern das jus tutelae oder curae an einem individuell bestimmten Menschen. Dem muss also auch die Rechtsbehauptung und Rechtsverneinung entsprochen haben.

Wenn ich mir nun den Fall setze, dass ein Vater seinem unmündigen Sohne im Testament zwei Vormünder, den einen derselben aber so ernannt hatte, dass er als persona incerta angefochten werden konnte und dann diesem Vormund die Vormundschaft streitig gemacht wurde, so ergibt sich für diesen Fall folgende Forma:

A^s. Nego in hoc homine ex jure Quiritium jus tutelae tibi esse secundum suam causam. Sicuti dixi, ecce tibi, vindictam imposui.

N^s. Aio in hoc homine ex jure Quiritium jus tutelae mihi esse secundum suam causam. Sicuti dixi, ecce tibi, vindictam imposui.

Nun die von Gaius in IV, 16 angegebenen weiteren Acte.

War hingegen der Vormund, dessen Ernennung zweifelhaft war, als Kläger aufgetreten, um sein Recht gegen die Einsprache des Mitvormunds zur Geltung zu bringen, so musste die Vindicationsformel so gelautet haben:

A^s. Aio in hoc homine ex jure Quiritium jus tutelae mihi esse secundum suam causam. Sicuti dixi, ecce tibi, vindictam imposui.

N^s. Nego in hoc homine ex jure Quiritium jus tutelae tibi esse secundum suam causam. Sicuti dixi, ecce tibi, vindictam imposui.

Hierauf folgten die von Gaius in IV, 16 angegebenen weiteren Acte, mit der Modification, dass die Antwort des Beklagten nach

---

1) Cic. de orat. I, 38: jactare se in causis centumviralibus, in quibus — tutelarum — jura versentur.

dem Motiv seines Vindications-Actes in diesem Falle wieder nur lauten konnte: jus tibi negavi sicuti vindictam imposui.

Hatte endlich der Vater im Testamente den einen Vormund unter einer Resolutiv-Bedingung, den andern aber so ernannt, dass er als persona incerta angefochten werden konnte [2]), und machten sich die so ernannten Vormünder das Recht der Vormundschaft gegenseitig streitig, so musste offenbar auch hier die actio duplex gewählt werden:

Vind.: Aio in hoc homine ex jure Quiritium jus tutelae mihi esse secundum suam causam. Sicuti dixi, ecce tibi, vindictam imposui.

Contrav.: Aio in hoc homine ex jure Quiritium jus tutelae mihi esse secundum suam causam. Sicuti dixi, ecce tibi, vindictam imposui.

Nun die von Gaius in IV, 16 angegebenen weiteren Acte.

Weil das Vormundschaftsrecht des Einen das des Andern nicht nothwendig ausschloss, so konnte in diesem Falle die Vormundschaft sogar Beiden zuerkannt werden.

Bedürfniss neuer zur Verfolgung und Vertheidigung auch des bonitarischen Eigenthums an Sclaven in Statusfragen brauchbarer legis actiones in rem neben der ersten Hauptart der dritten pontif. actio generalis.

§. 58. Wiewohl es im ältesten Rechte noch keinen Sonderbegriff des Eigenthums gab, weil dominus und herus nur den Träger der absoluten Gewalt im Allgemeinen bezeichnet [1]), der von Cicero [2]) zur Bezeichnung des Eigenthums angewandte Ausdruck mancipium einen weiteren Begriff hat, und auch der Ausdruck proprietas nur eine Angehörigkeit, Eigenthümlichkeit im Allgemeinen bedeutet; obwohl ferner der Sclave in sehr vielen Beziehungen nicht als Sache galt [3]), so wurde er doch in vermögensrechtlicher Beziehung nur als ein reines Vermögensstück betrachtet, so dass in dieser Beziehung die absolute Gewalt des Herrn an den Sclaven denselben Inhalt hatte, als seine Gewalt an den Sachen. Weil nun auch der Sclave ein Object des Eigenthums war, so musste jener schon oben berührte Dualismus im römischen Eigenthumsrechte,

2) Vgl. Rudorff, R. der Vormundschaft I, S. 189.

1) Vgl. Georg Curtius, Grundzüge der Griech. Etym. 1858, S. 198. — 2) ad divers. VII, 29. — 3) z. s. Ihering Geist II, 1. S. 154, 158, 166 (Note 233).

welcher durch die Begründung des prätorischen Eigenthums darum entstand, weil die Sponsio zur Verwandlung des prätorischen Eigenthums in das quiritische den Dienst versagte, auch auf den Sclaven Anwendung finden[4]). Nun stellte aber auch die causa liberalis einen Conflict des Eigenthums mit den libertas dar, folglich konnte auch das bonit. Eigenthum mit der libertas in Conflict gerathen. Wenn nun der prätorische Eigenthümer sein Eigenthum vor den Centemvirn nur in der Form der legisactio in rem per sponsionem et sacramentum verfolgen konnte, wie dies oben nachgewiesen wurde, so konnte dieser Eigenthümer sein Eigenthum auch in der causa liberalis, welche ebenfalls eine causa centumviralis war[5]), nicht in der Form der legis actio in rem per sacram. sondern nur in der Form der legis actio in rem per sponsionem et sacram. verfolgen und vertheidigen. Die Einführung der legis actio in rem per spons. et sacram. für die causa liberalis fällt also mit der Begründung jenes Dualismus im römischen Eigenthumsrechte zusammen, welcher seinen Ursprung der durch die lex Silia eingeführten sponsio praejudicialis verdankt. Ich begegne also schon hier allen jenen Fragen, welche mit der Begründung des prätorischen Eigenthums zusammenhangen, darunter die Fragen über die Mancipatio und in jure cessio, ihr ursprüngliches Anwendungsgebiet, die Gränzen ihrer Practikabilität, dann die wichtigen Fragen über die formula petitoria und Publiciana in rem actio. Weil jedoch die Fragen über die formula petitoria und Publiciana in rem actio nicht zur causa liberalis gehören, so möge es mir gestattet sein, die angeführten Fragen an jener Stelle zu beantworten, an welcher ich die Einführung neuer, zur Verfolgung und Vertheidigung auch des prätorischen Eigenthums brauchbarer legis actiones in rem neben der ersten Hauptart der vierten pontif. actio generalis darzulegen haben werde. Hier möge mir nur die Bemerkung erlaubt sein, dass die ausschliessliche Geltung der pontif. Geschäftsformen zur Begründung des Eigenthums schon in der Zeit der lex Aebutia und Silia völlig unhaltbar geworden war, der Prätor sich also genöthigt sah, das ursprüngliche Anwendungsgebiet der Mancipation zu beschränken, und in beschränkter Weise dem Princip der Formfreiheit, wie im Gebiete des Obligationenrechtes, so auch für die Begründung des Eigenthums Geltung zu verschaffen, und für die Verfolgung und Vertheidigung des formfrei begründeten Eigenthums an Sclaven in Statusfragen neue judicia legitima einzuführen.

---

4) Ulpian Frg. XIX, 20: Si servus alterius in bonis, alterius ex jure Quiritium sit, ex omnibus causis acquirit ei, cujus in bonis est.

5) Cicero de orat. I, 38.

Die Einführung neuer zur Verfolgung und Vertheidigung auch des bonitarischen Eigenthums an Sclaven in Statusfragen brauchbarer legis actiones in rem neben der ersten Hauptart der dritten pontif. actio generalis.

§. 59. Weil der prätorische Eigenthümer eines Sclaven weder die Behauptung des quiritischen Eigenthums aussprechen (Gaius IV, 36), noch den civilen Vindications-Act vollziehen durfte, so konnte er sein Eigenthum weder in der Form der vindicatio in servitutem verfolgen, noch in der Form der vindicatio in libertatem vertheidigen. Der prätorische Eigenthümer war also in beiden Fällen der causa liberalis an die legis actio in rem per sponsionem et sacram. angewiesen. Die Sponsio habe ich oben (S. 177—210) als das Organ zur Geltendmachung des prätorischen Rechtes in judiciis legitimis dargelegt und hervorgehoben, dass diese Beziehung der Sponsio zum prätorischen Rechte schon zur Zeit des Plautus jedem Römer bekannt sein musste, welcher sich um das geltende Recht seines Staates bekümmert hatte. Wenn nun Plautus in der oben (S. 202 fg.) besprochenen Stelle (Rudens III, 4, v. 6 sq.) die Frage über die Freiheit eines Menschen in eine sponsio praejudicialis einkleiden lässt, so folgt daraus, dass er dabei an das prätorische Eigenthum an Sclaven gedacht hatte. Die Fassung, welche der Komiker seiner causa liberalis gibt: „Si tuas esse oportet, nive eas oportet esse liberas" habe ich schon oben (S. 203) als einen juristischen Widersinn bezeichnet, allein wie das prätorische Eigenthum in der legis actio in rem per sponsionem et sacram. bezeichnet wurde, dafür geben mir nur zwei Stellen Andeutungen. Die L. 17. D. de Publ. in rem act. (6, 2) enthält die in der Sprache des Prätors concipirte Exceptio: „si ea res possessoris non sit" d. h. „wenn das fragliche Rechtsobject nicht dem Possessor gehört." Possessor aber ist auch derjenige, welcher das Eigenthum ex edicto praetoris erworben hatte. In der Sprache des Klägers musste also diese Exceptio des geklagten prätorischen Eigenthümers so gelautet haben: ni ea res ex edicto praetoris tua est. In der gegen Verres gerichteten orat. II. lib. I. c 48 bezeichnet Cicero die Geltendmachung des prätorischen Erbrechts mit „hereditatem ex edicto istius (scil. Verris) petere," wie auch die L. 1. D. de Publ. in rem act. 6, 2 nur von id, quod traditur, petere, nicht aber von vindicare spricht. Weil nun, wie ich unten zu begründen haben werde, der Ausdruck „ex jure Quiritium" so viel als „ex lege" bezeichnete, also zu „ex edicto" den geraden Gegensatz bildete, der Ausdruck „ex jure Quiritium" aber der civilen Eigenthums- und

Erbschaftsklage gemein war, so glaube ich folgern zu dürfen, dass auch der Ausdruck „ex edicto“ ebenso der prätorischen Eigenthums- als der Erbschaftsklage zukam, und dass es somit ebenso ein „ex edicto Prätoris alicuius esse,“ wie ein ex jure Quiritium alicuius esse gab [1]). Ich glaube also annehmen zu dürfen, dass in der legis actio in rem per spons. et sacram. das prät. Eigenthum durch „ex edicto Praetoris meum (tuum) esse,“ ausgedrückt wurde, muss aber beifügen, dass die Sponsio praejudicialis auch jede andere die Natur des prätorischen Eigenthums deutlich ausdrückende Bezeichnung gestattete, weil diese sponsio eben nicht die Natur einer feststehenden Formel hatte. Die genaue Bezeichnung des prätorischen Eigenthums in der sponsio praejud. aber war darum nothwendig, weil die Pronuntiatio der Geschwornen, wenn der prätorische Eigenthümer als Kläger gesiegt hatte, auch die Art seines Eigenthums angeben musste und der siegende Kläger erst durch die Usucapion am Sclaven das quiritische Eigenthum erwarb.

Wenn ich nun aus der sponsio praejudicialis bei Plautus die Ungereimtheiten entferne, und erwäge, dass es in dieser Zeit unfeierliche Freilassungen, also eine libertas ex edicto Praetoris, wohl noch kaum gab, so gewinne ich für die Verfolgung des bonitarischen Eigenthums an einem Sclaven in der Form der causa liberalis folgende sponsio praejudicialis:

Domin.: Si homo, q. d. a., ex edicto Praetoris — meus est, ni is homo ex jure Quiritium liber est, spondesne ob eam rem mihi XXV asses dare?

Defensor: Spondeo.

An diesen in jure vollzogenen Sponsions-Act schloss sich unmittelbar an die auf die Geldscheinleistung gerichtete legis actio in personam strict. jur. in jus compos. per sacram., wie sie vor der lex Pinaria bestand:

Domin.: Aio te mihi XXV asses dare oportere.

Defens.: Nego me tibi XXV asses dare oportere.

Domin.: Quando injuria negas, ego te L aeris sacramento provoco.

Defens.: Quando injuria ais, etiam ego te L aeris sacramento provoco.

Weil diese legis actio keinen Vindications-Act mehr enthält, so ist auch der Beklagte kein Vindex mehr, sondern nur ein gewöhnlicher Defensor [1a]).

---

1) Vgl. Brinz, Pandekten I. S. 58. — 1a) Vgl. L. 22. §. 1. D. de in jus vocat. 2, 4; Boethius zu Cicero's Topic. II. §. 10.

Darum stellt auch diese legis actio keine Vindication mehr dar, sondern nur eine „petitio,“ und entspricht dadurch der Fassung des Edictes, wodurch das prätorische Eigenthum begründet wurde[2]). Gleichwohl aber ist auch die Natur dieser legis actio, deren ganze Bedeutung in die sponsio praejud. verlegt ist, noch immer die einer Klage aus einem absoluten Rechte, weil in der sponsio der Anspruch noch immer unmittelbar gegen das Rechtsobject, und nicht gegen den Defensor gerichtet ist. Diese legis actio in rem stellt sich also als eine vom Prätor urbanus durch seine potestas juris civilis interpretandi geschaffene Combination der die actio in rem enthaltenden sponsio praejud. und der alten pontif. legis actio in person. stricti juris in jus composita dar, wie diese vor der lex Pinaria bestand, d. h. ohne den Act der diei condictio, welcher als solcher ebenso wenig als die Uebernahme der Verpflichtung zur poena temere litigantium zur Wesenheit einer legis actio gehörte, bei dieser zur Competenz der Centumvirn gehörigen legis actio in rem aber gewiss unzulässig war.

Die sponsio praejud., welche hier die Grundlage des judicium bildet, enthält eine actio in rem, welche formell zwar nicht mehr als eine actio duplex sich darstellt, die aber gleichwohl noch die Function einer solchen erhalten kann, weil der Defensor auch jetzt noch einen directen Ausspruch der Geschwornen über die Freiheit des Menschen veranlassen konnte[3]).

Ich habe nun noch die Function der dem Sponsions-Acte sich anschliessenden pontif. legis actio näher zu bestimmen.

Die Function dieser legis actio beschränkt sich in Wirklichkeit auf den Act der acceptio judicii und die Verpflichtung zur poena temere litigantium. Die acceptio judicii habe ich als jenen processualischen Contract dargestellt, auf welchem jede processeinleitende legis actio beruht, oder als Fundament jedes judicium privatum; die poena temere ligantium gehört nicht zu diesem, sondern ist nur ein pönales Element der actiones stricti juris, zu welchen auch diese pontif. legisactio gehört. Dass aber die Verpflichtung zur poena sacramenti bei dieser prätorischen legisactio in rem nicht mehr in der Form des promissorischen Eides, sondern bereits ebenfalls in der Form der Sponsio eingegangen wurde, das werde ich an der Stelle zu zeigen haben, wo ich die von Festus bezeugte plötzliche Veränderung in der Bedeutung des Ausdrucks sacramen-

2) L. 1. D. de Public. in rem act. 6, 2: Qui petet.

3) So noch die L. 39 pr. D. de causa liber. 40, 12; L. 14. D. de probat. 22, 3.

tum zu besprechen habe. Weil nun aber die poena sacram. nicht mehr durch die Strafen des Meineides sichergestellt war, so musste sie jetzt durch Stellung von praedes sicher gestellt werden.

Dagegen ist die Function der Angriffs- und Vertheidigungsclausel der pontif. legis actio hier darum nur mehr eine scheinbare, weil die Leistung, auf welche diese legis actio gerichtet ist, selbst nurmehr eine Scheinleistung ist. Der wirkliche Angriff und die wirkliche Vertheidigung erscheint hier vielmehr bereits in die Sponsio verlegt, wesshalb für den Kläger und Beklagten nur mehr die Fassung der Sponsio entscheidet.

Weil aber der Prätor urbanus durch dieses neue judicium legitimum die der Freiheit günstigen Principien des Civilrechts über die causa liberalis nicht alteriren durfte, so folgt daraus, dass die Besitzregulirung auch bei diesem neuen judicium liberale nur nach dem Antrage des Defensor's, also nur secundum libertatem zu erfolgen hatte. Hatte nun der Kläger gesiegt, so erwarb er durch diese „petitio" hominis dennoch kein dominium ex jure Quiritium an dem Sclaven, sondern er konnte den homo nur „in bonis" besitzen, bis er durch die Usucapion an ihm auch das dominium ex jure Quiritium erwarb. In so fern besteht zwischen der alten vindicatio in servitutem und der neuen petitio hominis ein sehr erheblicher Unterschied, welcher bewirkte, dass der in diesem neuen judicium legitimum siegende Eigenthümer bis zur Vollendung der Usucapion mit dem bonae fidei possessor thatsächlich auf Einer Linie stand.

Ich wende mich nun zum zweiten Fall der causa liberalis, nämlich demjenigen, in welchem der Eigenthümer des Sclaven Beklagter war, und setze auch hier den Fall, dass dieser an dem Sclaven nur ein prätorisches Eigenthum zu vertheidigen hatte. In diesem Falle kehrt sich das Verhältniss in der sponsio praejud. natürlich um:

A[s]. Si homo, q. d. a, ex jure Quiritium liber est, ni is homo ex edicto Praetoris — tuus est, spondesne ob eam rem mihi XXV asses dare?

N[s]. Spondeo.

Nun folgte die so eben besprochene pontif. legis actio in pers. stricti jur. in jus compos. per sacram.

Auch diese Sponsio praejud. enthält nurmehr eine actio simplex, welche aber darum nicht die Function einer actio duplex erhalten konnte, weil der favor libertatis zu Gunsten des Dominus eine res judicata zu schaffen nicht gestattete.

Die Besitzregulirung hatte natürlich auch in diesem Falle

secundum libertatem zu erfolgen, allein weil hier der Beklagte mit dem Besitz des Sclaven auch die Früchte desselben verlor, so musste ihm dafür Sicherstellung geleistet werden, welche jedoch nicht mehr durch Stellung von praedes litis et vindiciarum, sondern durch die stipulatio pro praede litis et vindiciarum erfolgte, diese aber der sponsio praejudicialis vorangehen musste.

Diese neuen judicia liberalia boten aber den Parteien noch andere Vortheile. Weil nämlich die Sponsio praejud. bei Gaius IV, 92 nicht auf „hic homo", sondern auf homo, quo de agitur, concipirt ist, so folgt daraus, dass diese judicia, weil sie keinen Vindications-Act mehr enthielten, auch die Gegenwart des Streitobjectes nicht erforderten, also vollzogen werden konnten, wenn die Individualität und Identität auch nur aussergerichtlich constatirt, und dann der Besitz regulirt worden war. Dadurch aber gewährten sie den Vortheil, dass der Mensch, dessen Freiheit in Frage stand, gar nicht nach Rom mitzureisen und seiner Erwerbsthätigkeit entzogen zu werden brauchte, also bis zur Entscheidung der Frage als ein thatsächlich Freier sich selbst erhalten konnte.

Cicero (de orat. I. 38) zählt auch die Frage, ob Jemand civis oder peregrinus sei, zu den causae centumvirales und erwähnt im cap. 40 den Process des Mancinus als eine solche causa centumviralis. Weil die Civitas sich nicht vindiciren liess, so war die legis actio in rem per sacram. zur Entscheidung dieser Frage völlig unbrauchbar. Die legis actio in rem per spons. et sacram. enthielt nun den Vindications-Act nicht mehr, und konnte somit auch zur Entscheidung dieser Frage dienen, wesshalb in der Form dieses neuen judicium legitimum auch Statusfragen entschieden werden konnten, für deren Entscheidung es früher kein judicium legitimum gab. In dieser Beziehung dürfte hier der § 13 Inst. de act. 4, 6 zu erwähnen sein: praejudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt, per quas quaeritur, an aliquis liber vel libertus sit, vel de partu agnoscendo: ex quibus fere una illa legitimam causam habet, per quam quaeritur, an aliquis liber sit; ceterae ex ipsius praetoris jurisdictione substantiam capiunt [4]. Wenn nun für die Frage über die Ingenuität schon in dieser Zeit ein judicium proponirt wurde, so konnte auch diese Frage in einem judicium legitimum nur in der Form der legis actio in rem per spons. et sacram. entschieden werden. Wenigstens gehört das Edict des Prätor Rutilius de bonis libertorum schon in das Jahr 636 d. St. [5])

4) Vgl. L. 1. §. 3. D. ne de statu defunct. 40, 15; L. 14. D. de probat. 22, 3.

5) Vgl. L. 1. D. de bon. lib. 38, 2.

Eine prätorische patria potestas, manus, mancipii causa gab es ebenso wenig wie eine prätorische manus injectio ex causa judicati wesshalb die oben besprochenen pontif. actiones in rem simplices bis zu den leges Juliae in Uebung geblieben sein mussten.

Die Klagen der zweiten Hauptart der dritten pontif. actio generalis, nämlich die vindicationes potestatis vel juris in homine wurden von den veränderten Verhältnissen des Verkehrs nicht berührt, sie blieben also ebenfalls bis zu den leges Juliae brauchbar. Wenn also noch Cicero de orat. I. c. 38 die Processe um die Vormundschaft zu den causae centumvirales rechnet, so meint er damit noch die alten vindicationes tutelae, und folglich auch die alten vindicationes curae.

XIV. Capitel.

Die grundgesetzlichen Formen der Rechtsgeschäfte für den Erwerb des Eigenthums; Reformen in diesem Gebiete; Unhaltbarkeit der ausschliesslichen Geltung der pontif. Geschäftsformen für den Erwerb des Eigenthums in der Zeit der lex Aebutia; die Begründung des prätorischen Eigenthums; nähere Bestimmung der für die Verfolgung und Vertheidigung des prätorischen Eigenthums neben der ersten Hauptart der vierten pontif. actio generalis vom Prätor urbanus eingeführten legis actiones in rem.

Vorbemerkungen.

§. 60. Als Grund des Dualismus im römischen Eigenthums- und Erbrecht habe ich oben (S. 188) den Umstand dargelegt, dass die Sponsio praejud. im Gebiete der absoluten Rechte dem Prätor den Dienst versagte, welchen sie ihm im Gebiete der Obligationen leistete, nämlich nichtcivile Ansprüche in civile zu verwandeln, der Prätor urbanus sich also bescheiden musste, überhaupt die Klagbarkeit des formfrei erworbenen Eigenthums durch neue judicia legitima zu erreichen. Weil ich aber die praejud. Function der Sponsio auf die lex Silia zurückgeführt habe, so muss ich auch die Begründung des prätorischen Eigenthums in die Zeit der lex Silia verlegen und die legis actio in rem per sponsionem et sacramentum als die ursprüngliche Klage zur Geltendmachung des prätorischen Eigenthums betrachten (vgl. oben S. 183 fg.). Die Fragen über die Zeit der Begründung des prätorischen Eigenthums und die Klage, durch

welche es geltend gemacht wurde, beantworten sich also mir von selbst, weshalb mir nur der Nachweis übrigbleibt, dass in der Zeit der lex Aebutia und Silia die Bedürfnisse des Verkehrs nur mehr durch die Anerkennung der formfreien Erwerbungsarten des Eigenthums völlig befriedigt werden konnten, dass die formula petitoria vor den leges Juliae kein judicium legitimum war, die Publiciana in rem actio aber vor diesen Gesetzen überhaupt nicht existirte.

Die Anerkennung der formfreien Erwerbungsarten des Eigenthums veranlasst vier weitere Fragen: 1) Was waren die grundgesetzlichen Formen der Rechtsgeschäfte zur Begründung des Eigenthums? 2) Hatten diese Formen zur Zeit der lex Aebutia und Silia noch ihre ursprüngliche Geltung? 3) Weil die Formen der Begründung absoluter Rechte genau den Formen ihrer Geltendmachung entsprachen, die legis actio in rem immobilem aber reformirt und für die Zukunft wieder brauchbar gemacht wurde, so entsteht auch die Frage, ob und welche Reformen der Prätor urbanus vornahm, um auch die grundgesetzlichen Formen dieser Rechtsgeschäfte für die Zukunft brauchbar zu erhalten. 4) Konnten die reformirten Formen dieser Rechtsgeschäfte für die veränderten Verhältnisse des Verkehrs ihre alte ausschliessliche Geltung in dieser Zeit noch behaupten?

Die grundgesetzlichen Formen der Rechtsgeschäfte für den Erwerb des Eigenthums.

§. 61. Die grundgesetzlichen Formen der Rechtsgeschäfte zur Begründung des quiritischen oder gesetzlichen Eigenthums waren die mancipatio und in jure cessio. Ueber erstere gibt Gaius I, 119—122 folgende Darstellung: Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio: quod et ipsum jus proprium civium Romanorum est; eaque res ita agitur: Adhibitis non minus quam quinque testibus puberibus et praeterea alio ejusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is, qui mancipio accipit, aes tenens ita dicit: „Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra“; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco. §. 120. Eodem modo et serviles et liberae personae mancipantur, animalia quoque, quae mancipi sunt, quo in numero habentur boves, equi, muli, asini; item praedia tam urbana quam rustica, quae et ipsa mancipi sunt, qualia sunt Italica, eodem modo solent mancipari.

§. 121. In eo solo praediorum mancipatio a ceterorum mancipatione differt, quod personae serviles et liberae, item animalia, quae mancipi sunt, nisi in praesentia sint, mancipari non possunt; adeo quidem, ut eum, qui mancipio accipit, adprehendere id ipsum, quod ei mancipio datur, necesse sit, unde etiam mancipatio dicitur, quia res manu capitur, praedia vero absentia solent mancipari. §. 122. Ideo autem aes et libra adhibetur, quia olim aereis tantum nummis utebantur, et erant asses, dipondii, semisses et quadrantes, nec ullus aureus vel argenteus nummus in usu erat, ut ex lege XII tabularum intelligere possumus.

Hier ist vor Allem hervorzuheben, dass Gaius in dieser seiner Darstellung der Mancipatio sich überall des Praesens bedient, und darum nurmehr das zu seiner Zeit geltende Recht vorträgt. Wiewohl es nun mehrere Formeln der Rechtsgeschäfte per aes et libram gab, von denen Gaius in II, 104 das Mancipationstestament angibt, die Formel der Coemptio aber in I, 113 als eine mancipatio asse uno andeutet [1]), so führt er doch für die Begründung der absoluten Gewalt an res mancipi, mögen diese beweglich oder unbeweglich sein, nur die Eine im §. 119 angegebene Formel an, wodurch er aber bezeugt, dass es für die Begründung des gesetzlichen Eigenthums durch aussergerichtliche Rechtsgeschäfte einst nur Eine Formel gab, und dass das ganze zu seiner Zeit noch geltende Recht der Mancipatio sich aus dieser Einen Formel entwickelt hatte. Um also zu bestimmen, welches Wesen die Mancipatio durch die legale Interpretation der Pontifices ursprünglich innehatte, ist vor Allem nöthig, den Sinn dieser Einen Formel festzustellen.

In dieser Beziehung ist nun vorerst zu bemerken, dass „isque" hier im bekannten erklärenden Sinne von „und zwar" also auch im Sinne von „denn, weil" zu interpretiren, und aus diesem Grunde nicht „emptus esto", sondern „emptus est" zu lesen ist [2]). Wer nämlich behauptet, dass ihm ein Mensch gesetzlich gehört, der kann diese seine Behauptung nicht damit rechtfertigen, dass der Mensch von ihm erworben sein soll, sondern dass er bereits erworben ist. Dadurch verschwindet aber auch die durch die bisherige Auffassung des „isque" erzeugte „logische Sonderbarkeit, dass zuerst das Eigenthum constatirt, und dann Kauf und Zahlung er-

1) Vgl. I, 123 und Huschke's Leseart bei Gaius I, 113.

2) Andere Gründe gegen die auch von Boecking angenommene Leseart „emptus esto" bei Ihering, Geist II, 2. S 521, Note 706.

wähnt wird“ [3]). Das emere (vgl. eximere, adimere) aber heisst in dieser Formel nicht „kaufen“, sondern „nehmen, erwerben“, weil die Lex darunter „omnem alienationem“, also beziehungsweise jede Erwerbung verstand [4]) und die emptio als eine Species des Tausches betrachtet wurde [5]). Das emere hoc aere ist also nur ein „nehmen, erwerben um dieses Geld“ also wirklich ein manu capere, wie Gaius die Mancipatio erklärt und wie auch usu capere nur durch usus erwerben bedeutet, der Erwerb durch Usus also genau dem Erwerb durch Manus entspricht [5a]). Durch dieses manu capere oder emere um ein bestimmtes Geld setzt sich der Erwerber in ein unmittelbares Verhältniss zum Rechtsobjecte, wesshalb dieser Act nur die selbstständige Begründung eines absoluten Rechtes darstellt. Dem entsprechend erwähnt die Mancipationsformel weder ein mancipio dare, noch die Person, von welcher erworben wird, weil es nicht heisst: isque a te mihi emptus est, sondern bloss „isque mihi emptus est“. Die Mancipationsformel enthält also weder eine Uebertragung des Eigenthums, noch einen Vertrag über dasselbe, weil sie weder das mancipio dare, noch die Willenseinigung zweier Personen zum Ausdruck bringt [5b]). Diese Formel enthält also noch den Ausdruck des Eintausches der einen Sache um eine andere, nur mit der näheren Bestimmung, dass hier diese andere Sache stets nur Geld war, woraus sich aber zugleich von selbst ergibt, dass ursprünglich ohne dieses wirkliche Eintauschen der Sache auch kein Eigenthum erworben wurde. Die von Gaius mitgetheilte Mancipationsformel ist also so zu übersetzen:

„Ich erkläre, dass dieser Mensch da gesetzlich mir gehört,

---

3) Ihering, Geist II, 2. S. 526.

4) L. 29. §. 1. D. de stat. lib. 40, 7: Quoniam Lex XII tab. emptionis verbo omnem alienationem complexa videtur.

5) §. 2. Inst. de empt. et vend. III, 23: Unde illud est, quod vulgo dicebatur, permutatione rerum emptionem et venditionem contrahi, eamque speciem emptionis et venditionis vetustissimam esse. L. 1. pr. D. de contrahend. empt. 18, 1: Origo emendi vendendique a permutationibus coepit; olim non ita erat nummus, neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unus quisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus utilia permutabat, quando plerumque evenit, ut, quod alteri supererat, alteri desit.

5a) z. vgl. jetzt auch Bekker, Aktionen, I, S. 31.

5b) Ganz anders schon Plautus, welcher Rud. prolog. 59 sagt: adulescenti, qui puellam ab eo emerat, — Trinum. I. 2. 87: Emistin de adolescente hasce aedes?

weil er von mir um dieses auf dieser Wage gewogene Geld erworben ist."

Weil nun diese Formel kein mancipio dare, kein venumdare oder vendere ausspricht, so stellt sie auch keine venditio dar, wesshalb auch Gaius für die Mancipatio keine andere, ihr wirklich entsprechende Bezeichnung kennt, sondern nur vergleichend sich so ausdrückt: est — imaginaria quaedam venditio, wobei „quaedam" nicht durch genus quoddam, sondern durch „so zu sagen" zu interpretiren ist. Eine emptio enthält nun diese Formel freilich, aber keine emptio im Sinne des „Kaufens", sondern des „Nehmens und Erwerbens" [5c]).

Gleich der von Gaius in IV, 16 mitgetheilten Vindicationsformel setzt auch die pontif. Mancipationsformel die Gegenwart des Rechtsobjectes voraus, und wie jene zur Vindication sowohl beweglicher als unbeweglicher Objecte diente, so muss ursprünglich auch diese Mancipationsformel ebenso für bewegliche wie unbewegliche Objecte in Anwendung gekommen sein, weil Gaius für beide nur diese Eine Formel angibt. Daraus aber folgt, dass, wie unbewegliche oder schwer transportable Objecte nur an Ort und Stelle vindicirt wurden, so auch die Mancipation an unbeweglichen oder schwer transportablen Objecten nur an Ort und Stelle derselben vorgenommen wurde. Dieses Requisit der Gegenwart des Mancipationsobjectes für den Act der Eigenthumsbegründung ist durch die Natur des Eigenthums gegeben, welches die individuelle Bestimmtheit seines Objectes zur nothwendigen Voraussetzung hat.

Die pontif. Mancipations-Formel fordert aber nicht bloss die Gegenwart und somit die individuelle Bestimmtheit des Mancipations-Objectes, sondern auch die Gegenwart und die individuelle Bestimmtheit des Geldes (hoc aere), um welches das Mancipationsobject eingetauscht werden soll, woraus wieder von selbst folgt, dass dieses Geld als wirkliches Aequivalent in dem Augenblicke übergeben werden musste, in welchem das Mancipationsobject erworben wurde.

Durch die pontif. Mancipation wurde also das Eigenthum am Mancipationsobjecte sofort erworben und blieb gegen jede Anfechtung gesichert.

Die zweite pontif. Geschäftsform, durch welche quiritisches Eigenthum erworben werden konnte, war die in jure cessio, worüber

5c) Paul. Diac. p. 76: Emere, quod nunc est mercari, antiqui accipiebant pro sumere. Festus p. 270: Emere antiquitus pro accipere ponebatur. z. vgl. das Erwerbs-Symbol bei den Juden, der Erwerb durch Tuch-, Mantelgriff, Auerbach, Jüd. Oblig. R. S. 228.

Gaius in II, 24 Folgendes angibt: in jure autem cessio hoc modo fit: apud magistratum populi Romani, velut praetorem velut praesidem provinciae, is, cui in jure ceditur, rem tenens ita dicit: „Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio"; deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contravindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit; idque legis actio vocatur, quae fieri potest etiam in provinciis apud praesides earum.

Den Cessionar stellt hier Gaius als Vindicanten dar, den Cedenten als denjenigen, welcher contravindiciren soll, aber nicht contravindicirt. Den Vindicanten lässt er die Rechtsbehauptung aussprechen und den Vindicationsact des vindictam imponere vornehmen. Die Rechtsbehauptung wird hier sachgemäss ohne Berufung auf den dem Rechtsobjecte angehörenden Rechtszustand ausgesprochen, weil durch die in jure cessio kein Rechtsstreit eingeleitet werden soll, die Angriffs-Clausel also überflüssig ist. Den Vindications-Act des vindictam imponere gibt Gaius dadurch deutlich zu erkennen, dass er das Referat über die weiteren Bestandtheile der Formel der in jure cessio mit den Worten fortsetzt: deinde postquam hic vindicaverit. Von diesem auch bei der in jure cessio vorkommenden Vindications-Acte des vindictam imponere hatte auch die manumissio vindicta (d. h. vindicta interposita) ihren Namen erhalten, bei welcher der vorgebliche Kläger die Freiheit des Menschen behauptete und den Vindications-Act des vindictam imponere vollzog, um dem scheinbaren Gegner die Ausübung seines Rechtes zu bestreiten [6]). Die Formel der in jure cessio, insoweit sie sich auf den Cessionar bezieht, hatte somit vollständig so gelautet:

> Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio. Sicuti dixi, ecce tibi, vindictam imposui.

Nun sollte auch der Cedent seine Rechtsbehauptung aussprechen und den Vindications-Act vornehmen, allein weil er nicht als Gegner auftreten will, so unterlässt er sowohl die Rechtsbehauptung als den Vindications-Act, was den Prätor zur interrogatio in jure veranlasst: an contravindicet. Weil nun der Cedent auf diese interrogatio in jure entweder schwieg, oder sie verneinend beantwortete,

---

6) „Hunc ego hominem ex jure Quiritium liberum esse aio. Sicuti dixi, ecce tibi, vindictam imposui." Nun sollte der Gegner wie bei der vindicatio in libertatem diese Behauptung verneinen, und den Vindications-Act vornehmen, um sein Recht an dem Sclaven auszuüben. Weil er aber dies nicht thut, und auf des Prätors interrogatio in jure: an contravindicet, entweder schweigt, oder eine verneinende Antwort gibt, so wird er als ein confessus in jure behandelt, und der Sclave nach dem Antrage des Klägers als frei erklärt.

so musste er dadurch als ein confessus in jure erscheinen, wesshalb nun der Prätor das Object sofort dem Vindicanten zu addiciren hatte.

Wenn ich nun die Formen der Mancipatio und der in jure cessio mit einander vergleiche, so erscheinen beide als plastische Formen für die Begründung eines absoluten Rechtes in abstracto. Wie bei der Mancipatio, so stellt sich der Rechtserwerber auch bei der in jure cessio zum Rechtsobject in ein unmittelbares Verhältniss, ohne dass dabei erwähnt wird, von wem das Recht erworben wird. Dieses unmittelbare Verhältniss des Rechtserwerbers zum Rechtsobjecte findet in beiden Rechtsgeschäften seinen entsprechenden Ausdruck durch die Erwerbung des Besitzes, welche bei der Mancipatio durch „manu capere“ bei der in jure cessio durch „manu tenere“ angedeutet wird. Die Ausübung des Rechtes erhält bei der in jure cessio noch einen besonderen Ausdruck durch den Vindications-Act. Beide Formeln aber stimmen mit der oben besprochenen pontif. Vindicationsformel darin überein, dass die Rechtsbehauptung die Angehörigkeit des Rechtsobjectes nur im Allgemeinen zum Ausdruck bringt, ohne die besonderen Arten derselben näher anzugeben, mochte das Rechtsobject eine Sache, ein Sclave oder eine freie Person sein, und dass somit die individuellen Elemente dieser Rechtsgeschäfte, wie bei der Vindication, durch Zeugen zu constatiren waren. Ich glaube also diese abstracte Natur dieser Rechtsgeschäfte zugleich als eine nachträgliche Bestätigung meiner oben dargelegten Auffassung der pontif. Vindicationsformel betrachten zu dürfen.

Es entsteht nun die Frage, wann und wie die Mancipatio die hier dargelegten ursprünglichen Eigenthümlichkeiten gegen jene eingetauscht hatte, welche Gaius als geltendes Recht seiner Zeit darlegt.

Die Reform der pontif. Geschäftsformen.

§. 62. Was nun die Zeit betrifft, in welcher an der Mancipatio die von Gaius bezeugten Reformen vorgenommen wurden, so ist es nicht wahrscheinlich, dass diese Formen der Eigenthumsbegründung früher den veränderten Verhältnissen des Verkehrs adaptirt wurden, als die Vindicationsformel den veränderten Verhältnissen der Jurisdiction des Praetor urbanus, und dass die Erleichterung für die Parteien eher in Angriff genommen wurde, als die für den Magistrat selbst. Die Frage, wie diese Reformen zu Stande kamen, beantwortet sich zunächst damit, dass der Praetor urbanus durch die lex Aebutia die potestas juris civilis interpretandi erhalten hatte,

ihm also auch die Aufgabe zufiel, durch seine legale Interpretation die Mancipation den Bedürfnissen der Zeit entsprechend zu reformiren, und diese wichtige Geschäftsform auch für die Zukunft ebenso brauchbar zu machen, wie er die pontif. legis actio in rem immobilem für die Zukunft erhalten hatte. That er nun dies, so liegt die Vermuthung nahe, dass er seine potestas juris civilis interpretandi auch hier in derselben Weise verwerthete, wie bei der Reform der pontif. Vindicationsformel, und dass somit die Reformen der Mancipatio, welche sich aus der Darstellung des Gaius ergeben, mit den Reformen der Vindicationsformel verglichen werden müssen.

Die Reform der pontif. Vindicationsformel vollzog der Prätor dadurch, dass er den Vor-Act des ex jure man. consert. vocare schuf, durch welchen es möglich wurde, nach vorausgegangener aussergerichtlicher Constatirung der Individualität und Identität des unbeweglichen oder schwer transportablen Rechtsobjectes die Vindication auch an einem Theile desselben vorzunehmen. Nun aber sagt Gaius in I, 121: In eo solo praediorum mancipatio a ceterorum differt, quod personae serviles et liberae, item animalia, quae mancipi sunt, nisi in praesentia sint, mancipari non possunt, — — praedia vero et absentia solent mancipari. Weil aber die Eine Mancipationsformel, welche ihrer Fassung nach die Gegenwart des Mancipationsobjectes als nothwendige Voraussetzung ihrer Anwendbarkeit enthält, auch für die praedia in Anwendung kam, so muss gefolgert werden, dass die Mancipation unbeweglicher oder schwer transportabler Objecte in analoger Weise reformirt wurde, als die Vindication dieser Objecte. Ohne genaue Bestimmung der Individualität der praedia war überhaupt die Erwerbung des Eigenthums an ihnen nicht möglich; sollte also die Mancipationsformel an einem anderen Orte in Anwendung kommen, so musste zuvor, wie bei der Vindication, an Ort und Stelle das unbewegliche Rechtsobject in Augenschein genommen und seine Individualität und Identität durch dieselben Zeugen constatirt worden sein, welche später dem Mancipations-Acte beiwohnten. Dass die Mancipation in diesem Falle ebenfalls an einer „gleba“ oder einem Theile des Rechtsobjectes vorgenommen wurde, erwähnt Gaius zwar nicht, allein die Fassung der Mancipationsformel erfordert dies an sich ebenso wie die Formel der Vindication, wenn nicht etwa angenommen wird, dass die Individualität der Liegenschaft unmittelbar vor dem Vollzuge des Mancipations-Actes vor den die Liegenschaft genau kennenden Zeugen namhaft gemacht und dann die Worte der Formel: „Hunc ego fundum ex jure Quiritium meum esse aio“ auf den soeben individuell bestimmten fundus be-

zogen wurden, weil hier kein streitiger Besitz zu reguliren, die Individualität des Rechtsobjectes also nicht nothwendig durch die gleba zu constatiren und an diesem auch kein Vindications-Act vorzunehmen war. Ich möchte also annehmen, dass zu Gaius Zeiten jedenfalls schon die unmittelbar vorausgehende individuelle Bezeichnung der Liegenschaft genügte, weil er sonst wohl auch hier die gleba erwähnt hätte. Eine natürliche Folge dieser Reform war nun die, dass die wirkliche Tradition des Mancipations-Objectes mit dem Mancipations-Acte nicht mehr zusammenfiel.

Die Mancipationsformel erfordert ihrer Fassung nach aber nicht bloss die Gegenwart des Rechtsobjectes, sondern auch die Gegenwart und somit auch die individuelle Bestimmtheit des Aequivalentes: isque mihi emptus est hoc aere.

Weil die Mancipationsformel den Eigenthumserwerb durch Tausch sinnlich darstellt, so folgt daraus von selbst, dass ursprünglich unter „hoc aere" nur das wirkliche Aequivalent verstanden werden konnte, also die „aerei nummi", welche gewogen wurden, weil die Prägung des „argenteus nummus" erst während des ersten punischen Krieges aufkam. Wenn nun Gaius in I, 119 sagt: aes tenens ita dicit, und id aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco, so erscheint auch hier durch die oben besprochene Fiction der Theil an Stelle des Ganzen gesetzt, und der Theil rechtlich als Ganzes behandelt, wie bei der Vindication. Damit aber war offenbar die folgenreichste Reform der Mancipation vollzogen, weil die Mancipation dadurch zwar formell die Wesenheit des Eigenthumserwerbs durch Tausch beibehielt, und somit noch immer sofort Eigenthum begründete, diese ihre Wesenheit aber thatsächlich einbüsste, indem jetzt die Leistung des wirklichen Aequivalentes nicht mehr sofort zu erfolgen brauchte. Eine Bestätigung dieser Reform der Mancipation enthält der in neuester Zeit mehrseitig[1]) erörterte §. 14, Instit. de rerum divis. II, 1: Venditae vero res et traditae non aliter acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satis fecerit, veluti expromissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem et (= etiam) lege duodecim tabularum, tamen recte dicitur et jure gentium, id est jure naturali, effici. Sed etsi, qui vendidit fidem emtoris secutus est, dicendum est, statim rem emtoris fieri.

1) Leist, Mancipation und Eigenthums-Tradit. S. 46 fg.; Exner, Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition, S. 335 fg.; Franz Hoffmann, Beiträge zur Gesch. des griech. und römischen Rechts, Wien 1870, S. 63 fg.

Die Folge dieser durch die legale Interpretation des Praetor urbanus vorgenommenen Reform, wornach der Theil des Preises, später raudusculum genannt, durch Fiction als ganzer Preis behandelt wurde, war nun die, dass das Eigenthum am Mancipations-Objecte auch in dem Falle erworben werden konnte, wo der Erwerber die Zahlung des Preises bloss durch Bürgen sicherstellte, was vor Einführung der fidejussio nur in den Formen der Sponsio oder fidepromissio geschehen konnte [2]). Von nun an war also der Erwerb des Eigenthums durch Mancipation durch wirkliche Zahlung des Preises oder durch Stellung von Bürgen bedingt. Dadurch aber wird es auch klar, wie die Bezugnahme der angeführten Stelle der Institutionen auf das Zwölftafelgesetz zu verstehen ist. Wie nämlich oben nachgewiesen wurde, enthielt das Grundgesetz nur principielle Bestimmungen, und konnte somit keine specielle Anordnung über das Rechtsverhältniss des Käufers zu einer pretio non soluto tradirten Sache enthalten. Seinem Charakter gemäss enthielt das Grundgesetz nur das oben besprochene allgemeine Princip: cum nexum faciet mancipiumque u. s. w. wodurch die schon vorhandene Mancipatio als grundgesetzliche Geschäftsform zur Begründung eines absoluten Rechtes anerkannt, die Entwicklung ihrer Formen aber den Pontifices überlassen war. Die Formen der Mancipatio gehörten also zum mittelbaren Civilrecht des Grundgesetzes; weil sie aber diese ihre Natur auch dann noch beibehielten, als die legale Interpretation an den Praetor urbanus übergegangen war, so musste auch die von ihm fortgeführte Entwicklung derselben zum mittelbaren Civilrecht des Grundgesetzes gerechnet werden. Wenn also Justinian die angeführte Regel über das Rechtsverhältniss des Käufers zu einer pretio non soluto tradirten Sache auf die Zwölftafelgesetze zurückführt, so ist dies in so fern richtig, als jene Rechtsregel sich jedenfalls aus der so eben besprochenen Reform der Mancipation durch den Praetor urbanus entwickelt hatte. Die Art, wie dies geschah, ist durch den Umstand gegeben, dass die Nuncupation auch alle späteren Arten der Sicherstellung, und wohl erst in der Kaiserzeit [3]) auch das „fidem sequi" aufnehmen konnte, diese civile Rechtsregel aber vom Prätor auch für den Fall der traditio ex causa emti beibehalten wurde.

Ich habe bisher nur von der Reform der Mancipationsformel gesprochen; weil aber die in jure cessio eine Vindication mit nachfolgender confessio in jure darstellt, so entsteht die Frage, ob die Reform, welche der Prätor an der pontif. Vindicationsformel vor-

2) Vgl. Valerius Maximus IV, 5. §. 4. 3) Exner a. a. O. S. 352.

nahm, nicht auch bei der in jure cessio nothwendig war für jene Fälle, in welchen nur die in jure cessio anwendbar, das Object aber unbeweglich oder schwer transportabel war. Da nun die individuelle Bestimmtheit des Objectes auch hier eine Voraussetzung des Erwerbes eines absoluten Rechtes war, so tritt die Nothwendigkeit der individuellen Bestimmung des Objectes auch hier ein, wesshalb die bei der Mancipation hervorgehobene Alternative auch hier geltend zu machen ist, dass die Vindication entweder wirklich an einem Theile des Objectes, z. B. des Nachlasses, wenn die legitima hereditas cedirt wurde, vorgenommen wurde, oder wenigstens dem Vollzuge der legis actio die individuelle Angabe des Objectes, z. B. des ganzen Nachlasses, voranging. Ich möchte glauben, dass im gesetzten Falle der vom Cessionar vorzunehmende Vindications-Act die Gegenwart eines Nachlassobjectes geradezu nothwendig machte.

Ich gelange nun zur schwierigsten Frage, ob die Anwendungsgebiete der Mancipatio und in jure cessio schon ursprünglich so bestimmt waren, wie die Juristen der Kaiserzeit melden, und ob der Gegensatz der res mancipi und nec mancipi als ein schon ursprünglich vorhandener betrachtet werden darf, womit ich zugleich der vielbestrittenen Frage über die res mancipi und nec mancipi begegne [4]). Es ist selbstverständlich, dass ich die Frage der res mancipi und nec mancipi hier nur in Beschränkung auf die Objecte des Eigenthums erörtern kann.

Die herrschende Lehre betrachtet den Gegensatz der res mancipi und nec mancipi als einen schon ursprünglich vorhandenen; durch die in jure cessio habe das Eigenthum an allen Eigenthumsobjecten erworben werden können; der Eigenthumserwerb durch Mancipatio sei auf die von den Juristen der Kaiserzeit angegebenen wenigen Eigenthümsobjecte beschränkt gewesen (res mancipi). Sollen nun aber formfreie Erwerbungsarten des Eigenthums nicht schon für das pontif. Civilrecht angenommen werden, so muss dabei zugleich mit Puchta [5]) u. A. gefolgert werden, dass das Eigenthum an res nec mancipi nur durch in jure cessio begründet werden konnte, die res mancipi also zu den res der in jure cessio einen Gegensatz bildeten. Allein dass der Gegensatz der res mancipi

4) Die verschiedenen Ansichten sind zusammengestellt von Rein, Pr. R. S. 241, Note 2, und von Kuntze, Excurse S. 91; wozu in letzter Zeit noch die sehr beachtungswerthen Ansichten Kuntze's und Theodor Mommsen's, Röm. Gesch. I. S. 154 Anmerk. gekommen sind. Vgl. auch Gimmerthal, die Publicianische Klage. S. 15 fg.

5) Institut. II. S. 522 fg.

und nec mancipi ursprünglich gar nicht existirte, und später die res mancipi einen Gegensatz nur zu den Objecten der formfreien Traditio, nicht aber zu den Eigenthumsobjecten der in jure cessio bildeten, das folgt aus Ulpian XX, 7, wo er sagt: Traditio est propria alienatio rerum nec mancipi. Harum rerum dominium ipsa traditione acquirimus, scilicet si ex justa causa traditae sint nobis. Weil hier Ulpian offenbar nur von dem Eigenthumserwerb durch die formfreie Traditio spricht, welchen der Prätor eingeführt hatte, so sind die res nec mancipi mit den Objecten der formfreien Tradition zu identificiren, und die Entstehung des Gegensatzes der res mancipi und nec mancipi erst in die Zeit der Begründung des bonitarischen Eigenthums durch den Praetor urbanus zu setzen. Wenn aber vor der Begründung des prätorischen Eigenthums von res mancipi und nec mancipi gar nicht gesprochen werden konnte, so mussten damals für den Eigenthumserwerb die Mancipatio und in jure cessio gleichgestellt und somit die Mancipatio für den Erwerb des Eigenthums an allen Eigenthumsobjecten anwendbar gewesen sein. Es wäre gewiss ein gar seltsamer Einfall der Pontifices gewesen, die bequemere Form der Eigenthumsbegründung auf einige wenige Eigenthumsobjecte zu beschränken, die viel unbequemere und für den geschäftlichen Verkehr fast völlig unbrauchbare aber für den Erwerb des Eigenthums an allen Eigenthumsobjecten zu gestatten. Was also Ulpian XIX, 9 von der in jure cessio im Vergleiche mit der Usucapio für seine Zeit bemerkt: in jure cessio quoque communis alienatio est et mancipi rerum et nec mancipi, das hätte vor der Begründung des prätorischen Eigenthums auch von der Mancipatio gesagt werden können, wenn es damals überhaupt möglich gewesen wäre, von res mancipi und nec mancipi zu sprechen. Ich muss also Mommsen beistimmen, wenn er (a. a. O.) bemerkt: „Weil die Mancipatio ursprünglich nur auf Gegenstände passt, welche durch Ergreifen mit der Hand erworben werden können, so war sie ursprünglich die allgemeine Kaufform, und ist noch nach der Servianischen Reform bei allen Sachen vorgekommen. Erst späteres Missverständniss (?) hat die Vorschrift, dass gewisse Sachen mancipirt werden mussten (?), dahin gedeutet, dass nur diese und keine anderen mancipirt werden könnten."

Was die res mancipi ursprünglich waren, darüber gibt, wie ich glaube, die Mancipationsformel selbst einen ganz sicheren Aufschluss. Wenn nämlich die individuelle Bestimmtheit des Objectes eine Voraussetzung der Mancipatio war, so mussten ursprünglich alle Objecte res mancipi gewesen sein, deren ökonomische Bedeu-

tung eben nicht in ihrer Gattung, sondern in ihrer Individualität lag. Für die Verhältnisse des volkswirthschaftlichen Lebens der ältesten Zeiten aber musste sich dieser Begriff der res mancipi in dem Begriffe der eigentlichen Eigenthumsobjecte auflösen und diese eigentlichen Eigenthumsobjecte mit jenen Objecten des Eigenthums zusammenfallen, an welchen auch durch die in jure cessio Eigenthum erworben werden konnte. Ich gelange also zu einem Resultate, welches der von Kuntze (a. a. O.) über die res mancipi und nec mancipi aufgestellten Ansicht nahe steht, dass „die res mancipi alle nicht vertretbaren, die res nec mancipi alle vertretbaren waren, und weiche davon nur in so fern ab, als ich für diese älteste Zeit die Existenz des Gegensatzes der res mancipi und nec mancipi nicht annehmen, und nur von eigentlichen Objecten des Eigenthums sprechen zu dürfen glaube. Wer also vor der lex Aebutia und Silia mit dem Schutze, welchen der weite Begriff und die drakonischen Strafen des Furtum für das Eigenthum an beweglichen Sachen gewährte, und mit der kurzen Usucapionsfrist für bewegliche Sachen nicht zufrieden war, und für wen irgend eine Sache den Werth einer nicht-vertretbaren hatte, dem stand es frei, das Eigenthum an derselben durch die Mancipation sich zu sichern. Das ursprüngliche Gebiet der Mancipation umfasste für den Erwerb des Eigenthums alle Objecte, an denen man das Eigenthum durch Vindication sichern wollte*). Weil aber die Sicherung des Eigenthums durch die energische und durchgreifende Vindication auch durch die sonst für den Eigenthumserwerb wohl sehr unbequeme Form der in jure cessio erreicht werden konnten, so mussten ursprünglich die Anwendungsgebiete der Mancipatio und in jure cessio für den Erwerb des Eigenthums einander gedeckt haben. Ganz anders aber musste sich die Sache gestalten, als der Prätor auch den Eigenthumserwerb durch formfreie Tradition anerkannt hatte. Sollte nämlich sein Bemühen das Gebiet des gesetzlichen Eigenthums und die Vortheile der von ihm wieder für alle Fälle brauchbar gemachten legis actio in rem per sacramentum zu erhalten, nicht vergeblich sein, so musste er dem Eigenthumserwerb durch die formfreie Traditio bestimmte Grenzen setzen, und für gewisse wichtige Eigenthumsobjecte die Mancipatio auch fortan als die normale Erwerbsart beibehalten. Dass er hierbei die Liegenschaften, und was wirthschaftlich zu diesen gehört, also die Sclaven und Hausthiere, vorzüglich zu beachten hatte, bedarf keiner weiteren Auseinandersetzung. Ich komme also zu dem Ergebnisse, dass die Beschrän-

*) Darum heisst es noch in der L. 27. §. 2. D. de auro legato: Non videtur suum esse, quod vindicari non potest.

kung des ursprünglichen Anwendungsgebietes der Mancipatio für den Eigenthumserwerb auf die von Ulpian in XIX, 1 angeführten Eigenthumsobjecte erst in die Zeit nach der lex Aebutia und Silia fällt, und dass somit die Abgränzung der Anwendungsgebiete der Mancipatio und in jure cessio für den Eigenthumserwerb, wie sie von den Juristen der Kaiserzeit angegeben wird, das Ergebniss einer späteren Zeit ist. Es wäre in der That befremdend, wenn der Praetor urbanus zwar die Formen der Mancipatio den Bedürfnissen der Zeit angepasst, die Eigenthumsobjecte derselben aber ausser Auge gelassen hätte. Wie der Prätor durch seine potestas juris civilis supplendi die Formen des Testamentes beschränkte, und dadurch ein prätorisches (testamentarisches) Erbrecht schuf, so hatte er für den Eigenthumserwerb durch Beschränkung der Mancipatio auf die volkswirthschaftlich wichtigsten Objecte auch ein prätorisches Eigenthum geschaffen, und für dieses besondere Requisite aufgestellt. Das Ergebniss meiner Bemerkungen besteht also darin, dass die Anwendungsgebiete der Mancipatio und in jure cessio, wie sie von den Juristen der Kaiserzeit angegeben werden, erst nach der lex Aebutia und Silia festgestellt wurden, und dass sie mit Ihering[6]) übersichtlich sich so darstellen lassen:

Die Mancipatio kam zur ausschliesslichen Anwendung: 1) bei der Begründung des Mancipium; 2) der Manus; 3) bei der Errichtung eines Testaments;

die in jure cessio kam zur ausschliesslichen Anwendung: 1) bei der Uebereignung von res nec mancipi; 2) bei der Bestellung von Urbarial- und Personal-Servituten; 3) bei der manumissio vindicta; 4) bei der Emancipatio; 5) bei der Adoption; 6) bei der Uebertragung der tutela legitima und hereditas legitima;

die Mancipatio und in jure cessio aber concurrirten: 1) bei dem Erwerb des Eigenthums an res mancipi; 2) bei der Bestellung der Rustical-Servituten.

Für den Erwerb des Eigenthums an res nec mancipi war die in jure cessio praktisch wohl bedeutungslos; die manumissio vindicta aber war mehr ein Analogon der in jure cessio als eine wirkliche in jure cessio, weil sie nur eine vindicatio hominis in libertatem mit nachfolgender confessio in jure des Beklagten darstellte (vgl. oben S. 312).

Unhaltbarkeit der ausschliesslichen Geltung auch der reformirten pontif. Geschäftsformen zum Erwerb des Eigenthums schon in der Zeit der lex Aebutia und Silia.

§. 63. Es hat schon Ihering (Geist II, 2, S. 650) darauf auf-

6) Geist II, 2. S. 522 fg.

merksam gemacht, dass sowohl die Formen der römischen Verfassung als die des römischen Privatrechts wesentlich nur für eine Stadt berechnet waren. Für die Bedürfnisse einer kleinen Gemeinde boten nun die pontificischen Formen des Eigenthumserwerbs die entscheidenden Vortheile der denkbar grössten Sicherheit und raschesten Verfolgbarkeit der erworbenen Rechte. Nachdem die römische Gemeinde sich so weit ausgedehnt hatte, als dies überhaupt möglich war, ohne den Charakter einer Gemeinde einzubüssen, sah sich der Praetor urbanus genöthigt, wie gezeigt wurde, auch die Formen der Eigenthumsbegründung den veränderten Verhältnissen der Gemeinde und des gesteigerten Verkehrs entsprechend zu reformiren. Weil aber in der Zeit der lex Aebutia und Silia die so erweiterte römische Gemeinde bereits die Hegemonie in Italien sich erkämpft hatte, und dadurch mit allen Völkerschaften Italiens in den engsten Lebensverkehr getreten war, so konnten auch die soeben dargelegten Reformen der Mancipatio und in jure cessio für sich allein nicht mehr genügen.

Was nämlich die in jure cessio betrifft, so musste der Praetor urbanus, dem durch die lex Aebutia eine so hohe Aufgabe übertragen worden war, darauf bedacht sein, seine Intervention bei Rechtsgeschäften möglichst einzuschränken, wesshalb es wohl keinem Zweifel unterliegt, dass für ihn schon die vorbehaltenen Fälle zu zahlreich waren. Wiewohl es nun rechtlich möglich war, in der Form der in jure cessio auch an res mancipi Eigenthum zu erwerben, so liegt es doch in der Natur der Sache, dass der viel beschäftigte Magistrat nicht viel Neigung haben konnte, sich mit dem in Anspruch nehmen zu lassen, was die Parteien auch aussergerichtlich unter sich allein abthun konnten. Es ist einleuchtend, dass der Magistrat bei dem Eigenthumserwerb an den minder werthen res nec mancipi noch weniger Neigung haben musste zu interveniren. Die Entlastung muss aber für den Magistrat in dem Masse dringender geworden sein, in welchem die Zahl der römischen Bürger und der Verkehr zugenommen hatte.

Noch unpraktikabler aber erscheint die in jure cessio, wenn die Interessen der Parteien erwogen werden. Je weiter die Wege zum Prätor wurden, desto schwerer musste es den Parteien fallen, sich wegen eines Rechtsgeschäftes nach Rom zu begeben, und die Kosten der Reise und des Aufenthaltes zu bestreiten. Die in jure cessio muss also für den Eigenthumserwerb schon früh völlig unpraktikabel geworden sein, wesshalb angenommen werden muss, dass die Parteien für den Eigenthumserwerb frühzeitig sich thatsächlich auf die Mancipatio beschränkt sahen (vgl. Gaius II, 25).

Die Mancipatio hatte nun der Prätor zwar den veränderten Verhältnissen des Staates und des Verkehrs entsprechend reformirt, allein dass auch diese seine Reformen die Bedürfnisse dieser Zeit, in welcher Rom bereits sich als italische Grossmacht bethätigte, nicht mehr befriedigen konnte, dafür mag die Bemerkung genügen, dass kein auch nur einiger Massen entwickelter Verkehr die Beiziehung von sechs Personen zu einem gewöhnlichen Rechtsgeschäfte verträgt. Mochte aber Jemand diese sechs Personen auch wirklich zusammengebracht haben, so konnte die Mancipatio doch jetzt, da diese Personen im Augenblicke der Anfechtung des Rechtsgeschäftes bereits nach allen Weltgegenden zerstreut sein konnten, nicht mehr jene Sicherheit des erworbenen Rechtes gewähren, welche sie in einer Zeit bot, in welcher die Bürger der kleinen römischen Gemeinde mit einander fast täglich in Berührung kamen, einander kannten, und Niemanden einfallen konnte, einen Act zu bestreiten, für den sofort fünf Zeugen zu erbringen waren.

Wenn aber zugleich erwogen wird, dass durch die Mancipatio das Eigenthum sogar nur persönlich und durch hausunterthänige Personen erworben werden konnte (Gaius II, 87), der Eigenthumserwerb durch einen Procurator also ausgeschlossen war, so wird es einleuchtend, dass diese Geschäftsform auch nach ihrer Reform in ihrer thatsächlichen Ausschliesslichkeit die Bedürfnisse des Eigenthumsverkehrs in der Zeit der lex Aebutia und Silia nicht mehr zu befriedigen vermochte, und dass somit für den Praetor urbanus schon in dieser Zeit zwingende Verhältnisse vorlagen, den Erwerb des Eigenthums durch Mancipation auf die wichtigsten Eigenthumsobjecte zu beschränken, für die übrigen aber den Eigenthumserwerb durch formfreie Tradition zu gestatten und dadurch das prätorische Eigenthum zu begründen.

Die Begründung des prätorischen Eigenthums.

§. 64. Auch die Fragen über die Veranlassung, die Zeit und die Art der Begründung des prätorischen Eigenthums haben eine sehr reiche Literatur hervorgerufen [1]). Allein weil die Beantwortung dieser Fragen mir bereits durch die bisherigen Ergebnisse meiner Untersuchungen gegeben ist, so glaube ich mich der Pflicht entheben zu dürfen, diese verschiedenen Ansichten hier zu berücksichtigen.

An der Stelle, wo Gaius auf den Dualismus des römischen Ei-

---

1) Zusammengestellt bei Rein Pr. R. S. 199, Note 1, u. 201 fg.; jetzt auch bei Kuntze, Excurse S. 422.

genthumsrechts zu sprechen kommt (II, 40 und 41), bemerkt er: (§. 40) Sequitur, ut admoneamus, apud peregrinos quidem unum esse dominium, ita ut aut dominus quisque sit, aut dominus non intelligatur. Quo jure etiam populus Romanus olim utebatur; aut enim ex jure Quiritium unus quisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus. Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex jure Quiritium dominus, alius in bonis habere. (§. 41) Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero, neque in jure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficietur, ex jure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias, — —.

Weil die „Quirites" Träger der hasta, oder wie Mommsen [2]) sich ausdrückt, „Wehrmänner" (also Vollbürger) waren, so war das jus Quiritium das Recht der Bürger, also, weil die festuca oder vindicta nur die Stelle der hasta, des signum justi dominii (Gaius IV, 16) vertrat, das Recht derjenigen, welche absolute Rechte durch das vindictam imponere, also vindicando, verfolgen durften. Das dominium ex jure Quiritium wird von Varro [3]) dominium legitimum, von Theophilus [4]) ἔννομος δεσποτεία genannt: also sagt der Ausdruck „ex jure Quiritium" soviel als „ex lege". Das quiritische Eigenthum war also das gesetzliche Eigenthum. Weil nun dieses gesetzliche Eigenthum nur vindicando, also nur in der Form der legis actio in rem per sacramentum geltend gemacht werden konnte, so konnte es, in so fern es durch Rechtsgeschäfte zu erwerben war, nur durch jene Rechtsgeschäfte erworben werden, welche die Vindication begründeten, also nur durch die Mancipatio und in jure cessio. Es gab also urprünglich keinen Eigenthumserwerb durch formfreie Rechtsgeschäfte, sondern es konnte, wie oben dargelegt wurde, an allen Eigenthumsobjecten Eigenthum nur entweder durch Mancipatio oder in jure cessio erworben werden. Wenn aber das quiritische Eigenthum das gesetzliche war, so musste jenes Eigenthum, welches zu dem quiritischen in dem von Gaius hervorgehobenen Gegensatze stand, ein nicht-gesetzliches, also auf dem Edicte des Prätors beruhendes gewesen sein, mochte sein Object eine res mancipi oder nec mancipi sein. Aus diesen Prämissen ergeben sich nun zunächst zwei Folgerungen: Es ist vorerst unzulässig mit Puchta [5]) anzunehmen, dass durch Gewohnheit oder ein Gesetz die Rechtsregel begründet wurde, dass bei res nec mancipi die Tradition die Wir-

2) Römische Gesch. I. S. 72. — 3) de R. R. II, 10.
4) Paraphr. §. 4. J. de libertin. I, 5. — 5) Institut. II. S. 528.

kung des quiritischen Eigenthums so gut wie die in jure cessio haben sollte. Die Gewohnheit war nämlich, wie oben gezeigt wurde, nur in so fern eine Rechtsquelle, als der Praetor urbanus als interpres juris civilis die legis actio in rem per sacram. zu vollziehen gestattete, und so den Geschwornen die Anerkennung der Gewohnheit überliess. Aus der Gewohnheit hätte also unter dieser Voraussetzung nur wieder ein quiritisches Eigenthum entstehen können, weshalb es an res nec mancipi nach wie vor nur ein quiritisches Eigenthum gegeben hätte. Das gleiche würde aber auch in dem Falle eingetreten sein, wenn der Eigenthumserwerb an res nec mancipi durch formfreie Tradition in Folge eines Gesetzes ermöglicht worden wäre, weil dann der Eigenthumserwerb eben wieder gesetzlicher Weise erfolgt wäre. Hätte aber durch formfreie Tradition an res nec mancipi gesetzliches Eigenthum erworben werden können, so hätte diese Erwerbungsart gesetzliches Eigenthum um so gewisser auch an den wichtigeren res mancipi begründen müssen, wesshalb unter diesen Voraussetzungen der von Gaius hervorgehobene Dualismus im römischen Eigenthumsrecht gar nicht hervorgetreten wäre. Die zweite Folgerung ist die, dass es unzulässig ist, das prätorische Eigenthum mit Puchta auf die Fälle der formfreien Tradition einer res mancipi zu beschränken, weil Gaius in II, 41 nur sagen will, dass dieser merkwürdige Eigenthums-Dualismus sogar am nämlichen Objecte hervortreten konnte.

Als Rechtsmittel zum Schutze des prätorischen Eigenthums werden jetzt fast allgemein betrachtet: 1) die exceptio rei venditae et traditae (als eine exceptio doli), für den Fall gegeben, dass der Verkäufer, welcher eine res mancipi tradirt hatte, hinterher gegen den Käufer mit der Vindication auftrat; 2) die Publiciana in rem actio.

Abgesehen davon, dass die Exceptio doli Niemand in die Zeit verlegen wird, von der ich spreche, wie konnte eine prätorische Exceptio ohne Einkleidung in die Sponsio gegen einen civilen Anspruch wirksam werden? In welche Actio konnte diese Exceptio aufgenommen werden, da die legis actio in rem per sacram. für sie keinen Raum bot, die formula petitoria erst in Folge der leges Juliae ein judicium legitimum wurde, die Publiciana in rem actio aber nur eine Fortbildung dieses neuen judicium legitimum des Kaiserrechtes war?

Zum ersten Male wird die formula petitoria erwähnt von Cicero in Verrem II lib. II de jurisdictione Siciliensi c. 12 §. 30 u. 31: Dubium nemini est, quin omnes omnium pecuniae positae sint in

eorum potestate, qui judicia dant, et eorum, qui judicant. Quin nemo vestrum possit aedes suas, nemo fundum, nemo bona patria obtinere, si, cum haec a quopiam petita sint, praetor improbus, cui nemo intercedere possit, det, quem velit judicem, judex nequam et levis, quod praetor jusserit, judicet. Si vero illud quoque accedit, ut in ea verba praetor judicium det, ut vel Octavius Balbus judex, homo et juris et officii peritissimus, non possit aliter judicare, si judicium sit ejusmodi: „L. Octavius judex esto. Si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex jure Quiritium P. Servilii esse, neque is fundus Q. Catulo restituetur“: non necesse erit, L. Octavio judici cogere P. Servilium Q. Catulo fundum restituere aut condemnare eum, quem non oporteat? Ejusmodi totum jus praetorium, ejusmodi omnis res judiciaria fuit in Sicilia per triennium Verre praetore.

Cicero spricht hier ausdrücklich von der Rechtspflege des Verres in Sicilien, und von einem Magistrat, gegen den es keine Intercession gebe, und welcher Geschworne nach seinem Belieben bestelle. Es ist also kein Zweifel, dass er hier nur von judicia imperio continentia spricht. Um nun ein recht wirksames Beispiel (judicium ejusmodi, ejusmodi totum jus praetorium, ejusmodi res omnis jud. in Sicilia fuit) der Verrinischen Rechtspflege in Sicilien zu geben, concipirt er selbst ein judicium imperio continens, substituirt den Blankett-Namen der Formel drei Männer der Decurie, welche im Processe des Verres das Amt der Geschwornen ausübten (vgl. in Verrem II. lib. III. c. 90), nämlich die gewesenen Consuln P. Servilius und Q. Catulus, und den Rechtsgelehrten L. Octavius Balbus. Um aber auch das Streitobject aus seiner nächsten Nähe zu wählen, macht er einen vor der porta Capenna gelegenen fundus, also eine res mancipi, zum Streitobject, und muss darum vom jus Quiritium sprechen, weil am fundus Capennas zu seiner Zeit das Eigenthum gewiss nur durch Mancipatio begründet wurde, um sich die Vortheile der legis actio in rem per sacram. zu verschaffen. Die ganze Formel ist also nur ein von Cicero ganz willkürlich erdachtes Beispiel recht drastischer Art, um die willkürliche Rechtspflege des Verres in Sicilien zu veranschaulichen. Diese Formel lässt sich also gewiss nicht als ein auch für Rom giltiges judicium legitimum betrachten. Aus diesem von Cicero gewählten Beispiel geht also nur so viel hervor, dass die formula petitoria zu Cicero's Zeit als ein judicium imperio continens bereits existirte; dass sie aber noch kein judicium legitimum war, das bezeugt gerade Cicero selbst, welcher in de orat. I. 38 die Frage „quid suum, quid alienum“ allgemein (omnino) vor die

Centumvirn verweist, und damit ausspricht, dass zu seiner Zeit der Streit über das Eigenthum an einem Fundus noch immer in der Form der legis actio in rem entschieden wurde. Wäre die formula petitoria schon in dieser Zeit ein judicium legitimum gewesen, so hätte sie entweder der Praetor urbanus durch seine potestas juris civilis interpretandi schaffen müssen, — was aber eine Unmöglichkeit in sich schliesst; — oder sie hätte geradezu durch ein besonderes Gesetz eingeführt werden müssen, wogegen aber nicht bloss die legislative Politik, sondern auch die ganze Rechtsentwicklung dieser Zeit spricht. Weil aber nicht-gesetzliche Ansprüche durch judicia legitima nicht verfolgbar waren, so hätte das prätorische Eigenthum durch die formula petitoria auch dann nicht verfolgt werden können, wenn sie wirklich ein judicium legitimum gewesen wäre, weil die Fähigkeit, nicht-gesetzlichen Ansprüchen auch durch judicia legitima Verfolgbarkeit zu gewähren, ausschliesslich nur die Sponsio enthielt. Zur Geltendmachung des prätorischen Eigenthums konnte also der Prätor urbanus die formula petitoria in Rom nur als ein judicium imperio continens proponiren, allein eine solche auf die Proposition der judicia imperio continentia gerichtete Reform hätte die grosse Mehrzahl der verfassungsmässigen judicia zerstört und die römischen Bürger in die Lage der Peregrinen und Provincialen versetzt. Wenn also die formula petitoria auf Grund dieser Stelle des Cicero als eine actio zur Geltendmachung des quiritischen Eigenthums, also als judicium legitimum reconstruirt wird [6]), so darf diese formula petitoria nicht mehr als ein judicium legitimum im Sinne der republikanischen Verfassung betrachtet werden, sondern sie ist dann als ein neues judicium legitimum des Kaiserrechtes aufzufassen. War nun die formala petitoria erst durch die leges Juliae ein judicium legitimum geworden, so lässt sich auch die Publiciana in rem actio als die Fortbildung der formula petitoria nur als ein neues judicium legitimum des Kaiserrechtes betrachten. Diese Behauptung rechtfertigt nun auch die Function, welche die Publicana in rem actio hatte.

Die Publ. in rem actio enthielt die Fiction der Usucapions-Vollendung: sie war also dazu bestimmt, das werdende quiritische Eigenthum in ein gewordenes zu verwandeln und die Wirkungen der civilen rei vindicatio zu erzielen [7]). Bei dieser Klage wurde also der Kläger als quiritischer oder gesetzlicher Eigenthü-

---

6) Keller, Civilpr. S. 109; Rudorff Edictum perpet. p. 73. Bekker, Ztsch. für RG. V S. 347 u. 353.

7) L. 7. §. 6. D. de Publ. in rem act. 6, 2: Publiciana actio ad instar

mer behandelt[8]). Die auf Grund der actio Publ. erfolgte Pronuntiatio enthielt also für den siegenden Kläger die Anerkennung seines quiritischen Eigenthums, mochte diese Klage der civile Eigenthümer nur zu dem Zwecke gewählt haben, um sich seine Beweislast zu erleichtern, oder mochte sie der bonitarische Eigenthümer angestellt haben, um sein prätorisches Eigenthum zu verfolgen. Hätte also die actio Publiciana schon ursprünglich zur Geltendmachung des prätorischen Eigenthums gedient, und wäre somit der prätorische Eigenthümer schon ursprünglich als quiritischer behandelt worden, hätte also seine Klage schon ursprünglich die Wirkung der civilen rei vindicatio gehabt, so hätte sich das aus den formfreien Erwerbungsarten entstandene Eigenthum gleich bei dem ersten Angriff auf dasselbe in Folge seines Durchgangs durch das Medium der fingirten Usucapion ebenso alsogleich in ein quiritisches verwandelt, wie der aus dem formfreien Darlehn entstandene Anspruch in Folge seines Durchgangs durch das Medium der Sponsio ein civiler wurde und als solcher durch die condictio geltend gemacht werden konnte. Hätte also der Prätor urbanus die Fiction der Usucapions-Vollendung schon zur Zeit der Begründung des prätorischen Rechtes in Anwendung bringen können, so hätte im römischen Eigenthumsrecht der von Gaius angegebene Dualismus als bleibende Form gar nicht in Erscheinung treten können. Allein der richterliche Magistrat stand in der Zeit der Republik nicht über, sondern unter dem verfassungsmässigen judicium: er hatte somit auch kein Recht, den von der Verfassung berufenen Geschwornen irgend welchen Befehl zu ertheilen, wesshalb in der Zeit der Republik Fictionen nur für judicia imperio continentia, also in Rom vorwiegend nur im Gebiete der prätorischen Delictsklagen zulässig waren. Es gehörten somit alle judicia legitima, welche Fictionen enthielten, bereits dem durch die leges Juliae eingeführten Ordinarprocesse an, in welchem die Fiction zur Gewinnung neuer judicia legitima sich als ein noch wirksameres Mittel erwies, als vor den leges Juliae die sponsio praejudicialis. Ich muss also Bethmann-Hollweg[9]) beistimmen, wenn er bemerkt: „Wiewohl mit der actio Publiciana auch das Eigenthum nach jus

---

proprietatis non ad instar possessionis respicit. L. 35, pr. D. de oblig. et act. 44, 7: Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur.

8) Gaius IV, 36: Nam quia non potest eam (scil. rem) ex jure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse, et ita, quasi ex jure Quiritium dominus factus esset, intendit hoc modo. —

9) Civilpr. II S. 310.

gentium verfolgt werden konnte, so hatte dieses doch nicht die erste Veranlassung zu ihrer Einführung gegeben.“

Wie ich nun die Klagbarkeit der Ansprüche aus den formfreien Contracten auf die lex Silia und die durch dieselbe eingeführte provocatio sponsione ad judicium zurückgeführt habe, so muss ich auch die Klagbarkeit des aus der formfreien Traditio an res mancipi und nec mancipi erworbenen Eigenthums der nämlichen Lex Silia mittelbar zuschreiben, und die von Gaius in IV, 95 erwähnte legis actio in rem per sponsionem et sacramentum als die ursprüngliche Klage zur Verfolgung des prätorischen Eigenthums bezeichnen. Wenn also der Prätor in seinem Edicte die Bedingungen angab, unter welchen er aus der formfreien Tradition einer res mancipi oder nec mancipi ein judicium geben wolle, so genügte der Act der provocatio sponsione, um allen formfrei erworbenen Eigenthumsansprüchen die Klagbarkeit in der Form der legis actio in rem per spons. et sacram. zu verschaffen. Doch machte sich zwischen der durch die sponsio praejud. vermittelten Klagbarkeit der Ansprüche aus den formfreien Contracten und der durch das gleiche Mittel erzielten Klagbarkeit des prätorischen Eigenthums der wichtige Unterschied geltend, dass die nicht-civilen Obligationen durch ihre Einkleidung in die Sponsio zugleich in civile verwandelt wurden, das prätorische Eigenthum aber durch seine Einkleidung in die Sponsio sich nicht in das quiritische verwandeln liess, weil die Sponsio ihrer Natur nach nur auf eine Leistung gerichtet ist. Weil nun die Sponsio dem Praetor urbanus die Function der Verwandlung des prätorischen Eigenthums in das quiritische versagte, so blieb der auf Grund der legis actio in rem per spons. et sacram. siegende Kläger bis zur Vollendung der Usucapion nur bonitarischer Eigenthümer (Gaius II, 41) und hatte somit bis zu dieser Zeit durch seinen Usucapionsbesitz nur den factischen Genuss seines Eigenthums. Die legis actio in rem per spons. et sacram. gewährte also in dieser Beziehung nicht die Vortheile der späteren Publiciana in rem actio.

Was nun die Bedingungen betrifft, unter welchen der Praetor urbanus aus der formfreien Tradition einer res mancipi oder nec mancipi eine Klage geben konnte, so habe ich schon oben (S. 130) den Beweis geführt, dass der Praetor urbanus seine potestas juris civilis corrigendi und supplendi, soweit als möglich nur mit Beachtung der Principien des Civilrechts zur Anwendung zu bringen hatte. Nach dem Civilrecht aber galt der Grundsatz, dass formfrei erworbenes Eigenthum erst durch Vollendung der Usucapion die Natur des civilen oder gesetzlichen Eigenthums erhalten solle. Wiewohl

nun die usucapio pro herede und die usureceptio das Requisit der bona fides nicht kannte [10]), so kann die bona fides als Requisit der Usucapion dem Grundgesetze doch darum nicht völlig fremd gewesen sein, weil es dem Dieb die Usucapion der gestohlenen Sache, wie Gaius in II, 45 angibt, nur darum versagt hatte, „quia mala fide possidet.“ Wenn nun der Prätor als Requisit der Erwerbung einer res mancipi oder nec mancipi durch formfreie Tradition die bona fides des Erwerbers bestimmte und zugleich den Rechtsgrund der Tradition bezeichnete, so hatte er ganz im Geiste des Civilrechts gehandelt. Um also die Klagbarkeit des Eigenthums ex causa emti zu erreichen, brauchte der Prätor im Edicte nur zu erklären, dass er jenem, welcher eine Sache bona fide gekauft habe und dem sie tradirt worden sei, eine Klage geben werde. Der Käufer erhielt dadurch einen völlig ausreichenden Schutz seines Eigenthums, weil die legis actio in rem per sponsionem et sacram. allen prätorischen Actionen und Exceptionen civile Wirksamkeit verschaffte. Eine Bestätigung des Gesagten finde ich in folgenden Stellen:

L. 7. §. 11. D. de Publ. in rem act. 6, 2: Praetor ait: „qui bona fide emit.“

L. 17. D. eod.: Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur — sed ut is, qui bona fide emit possesionemque ejus ex ea causa nactus est, potius rem habeat.

L. 7. §. 16. D. eod.: Ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit et ei res eo nomine sit tradita.

Werden nun diese Stellen verglichen mit:

L. 1. D. eod.: Ait Praetor: „Si quis id, quod traditur ex justa causa non a domino et nondum usucaptum petet, judicium dabo“,

so ergibt sich für die ursprüngliche Fassung des Edictes, durch welches das prätorische Eigenthum an einer ex causa emti tradirten Sache klagbar wurde, folgende von der L. 1. D. eod. abweichende Fassung:

Si quis id, quod bona fide emit, quodque ei traditum est, petet, judicium dabo.

Dass die Fassung des in der L. 1. D. eod. enthaltenen Edictes nicht mehr die ursprüngliche ist, wurde schon längst anerkannt, und in letzter Zeit auch von Mommsen in seiner Ausgabe der Di-

10) Scheurl, Beiträge II. 1 S. 29.

gesten wiederholt, indem er bemerkt, dass in dem Edicte die Worte standen: „qui bona fide emit", und dass auch die Worte „non a domino" wahrscheinlich ein späterer Zusatz sind. Nach dem, was ich oben von der actio Publiciana geltend gemacht habe, kann ich aber auch die Worte: „et nondum usucaptum" nicht dem ursprünglichen Edicte zuschreiben. Endlich konnte der Prätor, welcher von id, „quod bona fide emit" sprach, nicht auch von der viel erörterten „justa causa" gesprochen haben [11]. So sehr nun aber auch das in der L. 1. D. eod. enthaltene Edict verändert erscheint *), so enthält es gleichwohl noch den für die Geltendmachung des prätorischen Eigenthums zutreffenden Ausdruck „petere", und vermeidet bezeichnender Weise den ursprünglich nur für die Verfolgung des quiritischen Eigenthums gebrauchten Ausdruck „vindicare" während die Pandekten-Juristen das petere von vindicare nicht mehr streng unterscheiden, und vindicare auch von der Verfolgung des prätorischen Eigenthums und Erbrechts brauchen.

Auf die angegebene Weise konnte der Prätor auch andere Eigenthumserwerbungen nach jus gentium zur Anerkennung bringen, und schützen. Allein dies geschah auch, indem er, z. B. gewissen Personen ein prätorisches Erbrecht gab, die nach dem jus civile keine Erben waren; ferner, indem er in der späteren Zeit die Gläubiger in den Besitz der Güter eines insolventen Schuldners einwies mit dem Rechte sie zu verkaufen.

Nähere Bestimmung der vom Prätor neben der ersten Hauptart der vierten pontif. actio generalis eingeführten, zur Verfolgung und Vertheidigung auch des prätorischen Eigenthums brauchbaren legis actiones in rem.

§. 65. Weil bei der legis actio in rem per spons. et sacram. die dingliche Klage in der sponsio praejud. ihren Ausdruck fand, so bestimmten sich diese verschiedenen legis actiones in rem nach der Verschiedenheit der Fassung der sponsio praejud., wesshalb ich hier nur die verschiedenen Fassungen der letzteren darzulegen habe.

Die legis actio in rem per sponsionem et sacram. war zur Verfolgung und Vertheidigung des prätorischen Eigenthums und Erbrechts vor den Centumvirn noch zu Gaius Zeiten in Uebung (vgl. oben S. 183 fg.); ich glaube also zuerst Fälle benützen zu dürfen, welche die Pandekten-Juristen anführen.

Aus den Schriften Papinians habe ich schon oben (S. 186) die in der L. 14. D. de Publ. in rem. act. 6, 2 angegebene Exceptio

11) z. vgl. Rudorff Edict. perpet. p. 75. *) Mit dem Eigenthums-Dualismus musste auch das Edict über das prätorische Eigenthum entfallen.

angeführt und hervorgehoben, dass sie darum der Sponsio entlehnt sein muss, weil sie in der Sprache der Parteien gefasst ist. Eine gleiche Fassung lässt sich auch für die replicatio folgern, welche Papinian in (lib. I. S. Consult.) L. 32. §. 2. D. ad S. C. Velleian. 16, 1 angibt: Item si mulier creditori viri fundum vendidit et tradidit ea conditione, ut emtor acceptam pecuniam viro referret, et hunc fundum vindicat, exceptio quidem opponetur ei de re vendita et tradita, sed replicabitur a muliere: „aut si ea venditio contra S. Cons. Velleianum facta est."

Weil beide Stellen von dem Falle sprechen, in welchem der Verkäufer gegen den Käufer mit der Eigenthumsklage auftrat, die Exceptio der ersten Stelle aber in der Sprache der Parteien gefasst ist, und somit nur der Sponsio entlehnt sein kann, so ist auch die ihrem Wortlaute nach mitgetheilte, von „paret" ganz unabhängig hingestellte replicatio der zweiten Stelle als der Sponsio entlehnt zu betrachten. Wird nun für den Fall der L. 32. §. 2. D. ad S. C. Velleian. angenommen, dass das vindicare hier noch in seiner eigentlichen Bedeutung gebraucht ist, dass also die Gattin am fundus das quiritische Eigenthum besass, so liegt hier ein Conflict des quiritischen und prätorischen Eigenthums vor, welcher nur in der Form der Sponsionsklage ausgetragen werden konnte, und zu Gaius Zeiten entweder zur Competenz der Centumvirn oder des judex unus gehörte. Mochte nun das eine oder das andere der Fall sein, die Fassung der sponsio praejud. konnte in beiden Fällen nur so gelautet haben:

A[s]. Si fundus, q. d. a., ex jure Quiritium meus est, ni is fundus a me tibi venditus et traditus est, aut si ea venditio contra S. C. Velleianum facta est, spondesne ob eam rem mihi sestertios CXXV (XXV) nummos dare?

N[s]. Spondeo.

Gehörte nun der Fall zur Competenz der Centumvirn, so schloss sich an diesen Sponsionsact unmittelbar die auf die Geldscheinleistung gerichtete legis act. in pers. strict. jur. in jus comp. per sacram. an, von welcher ich schon oben (S. 256) gezeigt habe, dass ihre wirkliche Function nur mehr in der vertragsmässigen acceptio judicii und in der Uebernahme der Verpflichtung zur poena temere litigantium bestand:

A[s]. Aio te mihi sestertios CXXV nummos dare oportere.

N[s]. Nego me tibi sestertios CXXV nummos dare oportere.

A[s]. Quando injuria negas, ego te sestertiorum CXXV nummorum sacramento provoco.

N^s^. Quando injuria ais, etiam ego te sestertiorum CXXV nummorum sacramento provoco.

Wäre in diesem Falle die legis actio in rem per sacram. gewählt worden, so hätte der Prätor durch Versagung dieser Klage den Kläger zwingen müssen, zur legis actio in rem per spons. et sacram. zu greifen, um auch dem Beklagten die Vertheidigung seines prätorischen Eigenthums zu ermöglichen.

Einen sicher hieher gehörigen Fall enthält die Stelle aus Ulpians lib. 76 ad Edict. in der L. 1. §. 2. D. de except. rei vend. et trad. 21, 3:

Si quis rem mandatu meo vendiderit, vindicanti mihi rem venditam nocebit haec exceptio, nisi probetur, me mandasse, ne traderetur, antequam pretium solvatur.

Wenn nun der quiritische Eigenthümer gegen den Käufer mit der legis actio in rem per spons. et sacram. auftrat, so konnte die sponsio praejud. auch hier nur so gelautet haben:

A^s^. Si fundus, q. d. a., ex jure Quiritium meus est, ni is fundus mandatu meo tibi venditus et traditus est, aut si ego mandavi, ne is fundus traderetur, antequam pretium solveretur, spondesne ob eam rem mihi sestertios CXXV nummos dare?

N^s^. Spondeo.

Nun die oben angegebene legis actio.

Wenn ich hier den Fall setze, dass der Verkäufer am fundus nicht das quiritische, sondern das prätorische Eigenthum besass, und sein Eigenthum unter gleichen Voraussetzungen gegen den Käufer geltend machte, so waren beide Parteien auf die legis actio in rem per spons. et sacramentum angewiesen, wesshalb in diesem Falle der Prätor diese legis actio nicht zwangsweise in Anwendung zu bringen brauchte. Wird das prätorische Eigenthum des Klägers mit dem oben gerechtfertigten Ausdruck „ex edicto Praetoris meum esse" bezeichnet, so erhält die spons. praejud. auch in diesem Falle die angegebene Fassung:

Si fundus, q. d. a., ex edicto Praetoris — meus est, ni is fundus mandatu meo tibi venditus et traditus est, aut si ego mandavi ne is fundus traderetur, antequam pretium solveretur, spondesne ob eam rem mihi sestertios CXXV nummos dare?

Angenommen aber, dass der prätorische Eigenthümer eines Schiffes den Besitz desselben durch Seeraub verloren hatte, später aber in die Lage kam, gegen den Käufer des geraubten Schiffes mit der legis actio in rem per sponsionem et sacramentum aufzutreten,

so konnte auch der Beklagte excipiendo nur auf ein „ex edicto Praetoris" erworbenes Eigenthum sich berufen, wesshalb hier die sponsio praejud. eine der alten actio duplex analoge Fassung erhalten haben musste, ohne jedoch auch die Function einer actio duplex zu erhalten:

> Si navis, q. d. a., ex edicto Praetoris — mea est, ni ea navis ex edicto Praetoris — tua est, spondesne ob eam rem mihi sestertios CXXV nummos dare?

Ausschliesslich nur auf Grund des nudum jus Quiritium konnte der Prätor weder eine actio noch eine exceptio zulassen, weil er dadurch sein Edict ignorirt, bezw. illusorisch gemacht hätte.

Diese Fälle mögen genügen, um darzuthun, dass der Praetor urbanus durch die neuen judicia legitima der legis actio in rem per spons. et sacram. dem prätorischen Eigenthümer einen ganz ausreichenden offensiven und defensiven Schutz gewährt hatte.

Der provocatio sponsione musste die stipulatio pro praede litis et vindiciarum (Cicero in Verrem II, lib. 1. §. 115), dieser aber im Eigenthumsprocesse die Regulirung des etwa bestrittenen Besitzes vorangehen. Ich habe schon oben (S. 234) dargethan, dass der Prätor die Interdicte Uti und Utrubi possidetis kraft der lex Silia aufstellte, und daselbst zugleich angedeutet, warum bei Festus s. v. possessio, wo das Interdict Uti possidetis angegeben ist, unter den legitimae actiones" nur die judicia der legis actio in rem per spons. et sacram. verstanden werden können. Weil die pontificische legis actio in rem per sacram. als actio duplex die Parteien hinsichtlich der Beweislast ganz gleich gestellt hatte, bei ihr so es weder ein besonderes „onus petitoris" noch ein besonderes commodum possessoris" gab, sondern die Beweisresultate beider Parteien gegeneinander abgewogen wurden und jene Partei die Anerkennung des Eigenthums erhielt, deren Beweisresultat das grössere Gewicht hatte, so brauchte die Ertheilung der Vindicien keine Feststellung der Parteirollen zu enthalten und dem Vollzuge der legis actio nicht voran zu gehen. In der Zeit, in welcher diese legis actio componirt wurde, war das Gebiet der römischen Macht noch klein, die Gerichtsbarkeit von dem ständigen Organ für die Entwicklung des Civilrechts noch getrennt, und der richterliche Magistrat noch der Gerichtsherrlichkeit des Pontifex maximus unterworfen: es konnte also gar wohl dem richterlichen Magistrat durch diese legis actio die Regulirung der Vindicien zur Pflicht auferlegt werden. Die judicia der legis actio in rem per spons. et sacram. waren hingegen simplicia, enthielten weder den Vindications-Act noch die Regulirung der Vindicien mehr, und

hatten somit eine vorgängige Feststellung der Parteirollen durch die Interdicte Uti und Utrubi possidetis nothwendig.

Dass die von Gaius in IV, 91 u. 94 über die stipulatio pro praede litis et vindiciarum gegebene Nachricht auch auf die in IV, 95 erwähnte legis actio in rem per spons. et sacram. zu beziehen sei, braucht darum keiner weiteren Begründung, weil diese legis actio ebenso gut eine dingliche Sponsionsklage ist als die actio in rem per sponsionem et formulam.

Es wurde schon oben (S. 276) bemerkt, dass diese legis actio den Parteien auch den Vortheil bot, dass das Streitobject, mochte es auch beweglich und transportabel sein, nicht vor Gericht geschafft zu werden bräuchte.

Mochte der Kläger aber auch siegen, so blieb er doch bis zur Vollendung der Usucapio nur in der Lage eines bonae fidei possessor.

XV. Capitel.

Die Begründung des prätorischen Erbrechts. — Nähere Bestimmungen der vom Praetor urbanus neben der zweiten Hauptart der vierten pontif. actio generalis zur Verfolgung und Vertheidigung auch des prätorischen Erbrechts eingeführten legis actiones in rem.

§. 66. Ich habe hier vor Allem hervorzuheben, dass die in der neueren Literatur [1]) über den Ursprung der Bonorum Possessio aufgestellten Ansichten zwar in vier Hauptrichtungen auseinander treten, aber doch so beschaffen sind, dass jede derselben ein für diese Frage wichtiges Moment zur Geltung bringt. Werden nämlich mit Leist [2]) die Motive und Zwecke, welche den Prätor bei der Einführung dieses Instituts leiteten, von der Frage geschieden, was als ältester Bestandtheil desselben zu betrachten sei, so ergeben sich, wenn von den unhaltbaren Erklärungen dieses Instituts aus dem Peregrinenrecht (Hugo) und aus dem Patricierrecht (Niebuhr) abgesehen wird, vier Richtungen mit selbstständigen Gedanken. Der älteste Bestandtheil der Bonorum Possessio sei zu suchen:

---

1) Angegeben bei Rein, Pr. R. S. 839 Note 1; Kuntze, Excurse S. 535—540; Leist in Glück's Pandekten-Commentar, Serie der Bücher 37 und 38, I. Theil, S. 32, Note 18.

2) a. a. O. S. 39.

1) In neuen Erbklassen (Savigny, Puchta, Arndts, Schirmer, Windscheid).

2) In der prätorischen Regulirung der pro herede usucapio (Huschke).

Die Bonorum Possessio sei nämlich ursprünglich die vom Prätor aufgenommene und von eingerissenen Uebelständen gereinigte pro herede usucapio gewesen; also eine mittelst des Interdicts „quorum bonorum“ zu verwirklichende Besitzverleihung der Erbschaftsobjecte, aus der dann erst allmälig der Begriff einer prätorischen Universal-Succession sich entwickelt habe.

3) In der prätorischen Regulirung des Erbschaftsprocesses (Franke, Fabricius, Hingst).

Die Bonorum Possessio sei ursprünglich nur die Zutheilung der Erbschaftsobjecte gewesen, und diese seien durch das Interdict „quorum bonorum“ verfolgt worden. Diese von Franke angeregte Ansicht enthält jedoch selbst wieder zwei Richtungen, von denen die eine den Ursprung der Bon. Poss. in der Regulirung der Vindicien (Fabricius), die andere in der Feststellung der Parteirollen sieht (Hingst).

4) In der possessorischen Regulirung der civilrechtlichen Erbklassen (Leist).

Die Bon. Poss. sei schon ursprünglich keine blosse Zutheilung der corpora hereditaria, sondern eine juris possessio und Universal-Succession gewesen. An diese zunächst vom prätorischen Imperium ausgegangene juris possessio an die civilrechtlichen Erbklassen haben sich die Erbklassen: Unde cognati, Unde vir et uxor erst später angeschlossen (S. 43).

Diesen Ansichten gegenüber habe ich zunächst das kurz zusammenzufassen, was sich aus meinen bisherigen Ergebnissen für die vom Prätor im Gebiete des Erbrechts durchzuführende Reform als nothwendige Folgerung ergibt:

Durch die drei erhaltenen potestates juris civilis interpretandi, corrigendi, supplendi und durch die Macht, welche ihm das Recht der zwangsweisen Verwendung der Sponsio gab, war der Praetor urbanus mit der ganzen Fülle der Gewalten ausgerüstet, welche die Reform („emendare“) des Erbrechts erheischte.

Kraft seines Imperiums konnte er von dem Testamentserben die Vorlegung der Testamentsurkunde fordern und in dieselbe selbst Einsicht nehmen; kraft seiner potestas juris civilis interpretandi konnte er selbst endgiltig entscheiden, ob das vorgelegte Testament civilrechtlich giltig sei und als solches die civil-rechtliche Erbfolge begründe; kraft seiner potestas juris civilis supplendi konnte

er aber auch auf Grund eines nicht allen Erfordernissen des Civilrechts entsprechenden Testaments „jure praetorio die successio in locum defuncti" (Gaius IV, 34) gewähren. Dieselbe potestas konnte er aber sofort auch in allen Fällen in Anwendung bringen, in welchen kein civiler Erbe, aber cognatische Blutsverwandte des Erblassers vorhanden waren, oder der Gatte noch lebte.

Kraft der lex Silia konnte der Praetor urbanus zur Verwirklichung der von ihm gegebenen successio in locum defuncti sofort das Interdict „quorum bonorum" aufstellen, und vermöge seiner potestas juris civilis corrigendi in dasselbe auch sofort die Clausel über die Revocation der Ersitzung von Erbschaftsobjecten aufnehmen, welche ein von ihm zur Erbfolge nicht berufener Dritter bereits vollendet hätte.

Aus diesen Prämissen aber folgt zugleich, dass der Prätor bei der Inangriffnahme der Reform des Erbrechts sich weder auf die blosse Regulirung der pro herede usucapio, noch auf die blosse Ausnützung der Ertheilung der Vindicien und der Feststellung der Parteirollen zu beschränken brauchte. Es hat jedoch schon Leist, dessen gründliche Ausführungen [3]) mich einer besonderen Widerlegung dieser Ansichten entheben, gerne anerkannt, dass, wenn die Bon. Poss. erbeten worden, dann durch das Interdict „quorum bonorum" auch der Besitz der corpora hereditaria erlangt war, damit auch für einen etwa nachfolgenden Process die Beklagtenrolle festgestellt erschien (S. 163) und dass das Institut der Bon. Poss. auch die Tendenz so wie den Erfolg gehabt hatte, die aus jener ursprünglichen Ersitzung des Erbrechts, bei welcher der Ersitzende nicht bloss bezüglich der Rechte, sondern auch bezüglich der Pflichten sich als Erbe benahm, zu einem rein lucrativen Erwerb einzelner Erbschaftsobjecte herabgesunkene usucapio pro herede zurück zu drängen.

Aus diesem Verhältniss der bisherigen Ergebnisse meiner Untersuchungen zu den oben angeführten vier Richtungen der Ansichten über den Ursprung der Bon. Poss. folgt nun von selbst, dass ich die unter 1) und 4) erwähnten Meinungen nicht zu bekämpfen, sondern zu verwerthen und zu vereinigen habe.

Als die zwei Hauptstellen, aus denen der eigentliche Aufschluss über die ganze Lehre der Bon. Poss. zu entnehmen sei, betrachtet Leist (S. 50) die Stellen bei Cicero in Verrem II. lib. 1. §. 114—118 und Orat. part. §. 98 [4]). Auf Grund dieser Stellen gelangt

---

3) a. a. O. S. 113—164; 165—292.

4) Cicero in Verr. II. lib. 1. §. 114: Postquam jus praetorium con-

Leist (S. 76) zu dem Ergebniss, dass das translaticische Edict zu Cicero's Zeit bestanden habe: 1) Aus der Ueberschrift, zu welcher

---

stitutum est, semper hoc jure usi sumus: si tabulae testamenti non proferentur, tum uti quemque potissimum heredem esse oporteret, si is intestatus mortuus esset, ita secundum eum possessio daretur. Quare hoc sit aequissimum, facile est dicere, sed in re tam usitata satis est ostendere omnes antea jus ita dixisse et hoc vetus edictum translaticiumque esse (§. 115). Cognoscite hominis aliud in re vetere edictum novum, et simul, dum est unde jus civile discatur, adolescentes in disciplinam ei tradite: mirum est hominis ingenium, mira prudentia. Minucius quidam mortuus est ante istum praetorem: ejus testamentum erat nullum: lege hereditas ad gentem Minuciam veniebat. Si habuisset iste edictum, quod ante istum et postea omnes habuerunt, possessio Minuciae genti esset data: si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non exstaret, lege ageret in hereditatem: aut pro praede litis et vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret, ita de hereditate certaret. Hoc, opinor, jure et majores nostri et nos semper usi sumus. Videte, ut hoc iste correxerit (§. 116) Componit edictum iis verbis, ut quivis intelligere possit unius hominis causa conscriptum esse, tantum quod hominem non nominat: causam quidem totam perscribit, jus, consuetudinem, aequitatem, edicta omnium negligit. Ex edicto urbano. Si de hereditate ambigitur, — — — Si possessor sponsionem non faciet. Jam quid ad praetorem, uter possessor (nur thatsächlicher Besitzer) sit? nonne id quaeri oportet, utrum possessorem esse oporteat? Ergo quia possessor est, non moves possessione: si possessor non esset, non dares. Nusquam enim scribis neque tu aliud quidquam edicto amplecteris nisi eam causam, pro qua pecuniam acceperas. (§. 117) Jam hoc ridiculum est: Si de hereditate ambigitur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo. Hoc translaticium est: sequi illud oportet: Si tabulae testamenti non proferentur. Quid ait? se ei daturum, qui se dicat heredem esse. Quid ergo interest, proferantur necne? si protulerit uno signo ut sit minus, quam e lege oportet, non des possessionem; si omnino tabulas non proferet, dabis. Quid nunc dicam? neminem unquam hoc postea alium edixisse? Valde sit mirum neminem fuisse, qui istius se similem dici vellet. Ipse in Siciliensi edicto hoc non habet; exegerat enim jam mercedem: item ut illo edicto, de quo ante dixi, in Sicilia de hereditatitum possessionibus dandis edixit idem, quod omnes Romae praeter istum. Ex Siciliensi edicto. Si de hereditate ambigitur. (§. 118) Ac per deos immortales! quid est, quod de hoc dici possit? Iterum enim jam quaero abs te, sicut modo in illo capite Anniano de mulierum hereditatibus, nunc in hoc de hereditatum possessionibus, cur ea capita in edictum provinciale transferre nolueris? Utrum digniores homines existimasti eos, qui habitant in provincia, quam nos, qui aequo jure uterentur? an aliud Romae aequum est, aliud in Sicilia? Non enim hoc potest dici, multa

die Worte „Si de hereditate ambigitur“ gehören. 2) Aus dem im §. 117 seinem Wortlaut nach angegebenen Edict. 3) Aus dem Edict des §. 114. 4) Aus einem Zusatz, welchen Leist auf Grund von Cicero, Orat. part. §. 98 so fasst:

> Cum hereditatis sine testamento aut sine lege petetur possessio, si qua mihi justa (oder aequitatis) causa videbitur esse, possessionem dabo.

Die zwei ersten Edicte bezeichnet Cicero selbst als ursprüngliche, seit der Begründung des prätorischen Rechtes in Geltung erhaltene; den unter 3) angeführten Zusatz glaubt Leist als eine clausula generalis hinzufügen zu müssen.

Für die successio in locum defuncti jure praetorio kommen nach den Angaben Leist's bei Cicero folgende Bezeichnungen vor: hereditatis possessio zehn Mal[5]; possessio ohne Beisatz zehn Mal, jedoch so, dass in neun Stellen der Genitiv hereditatis zweifellos zu ergänzen ist[6]; bonorum possessio vier Mal[7]. Weil nun in den Stellen, in welchen Edictsworte angeführt sind, zu dem Ausdruck possessio wegen die Ueberschrift des Edicts „Si de hereditate ambigitur“ der Genitiv hereditatis hinzugedacht werden muss,

---

esse in provinciis aliter edicenda: non de hereditatum quidem possessionibus, non de mulierum hereditatibus. Nam in utroque genere video non modo ceteros, sed te ipsum totidem verbis edixisse, quot verbis edici Romae solet. Quae Romae magna cum infamia pretio accepto edixeras, ea sola te, ne gratis in provincia male audires, ex edicto Siciliensi sustulisse video. — Orat. part. §. 98: Atque ejus quidem generis finis est aequitas; quae non simpliciter spectatur sed ex comparatione nonnunquam, ut, cum de verissimo accusatore disceptatur, aut cum hereditatis sine lege aut sine testamento petitur possessio: in quibus causis, quid aequius aequissimumve sit, quaeritur; —. Orell. edit. 2.

5) in Verr. II, lib. 1. §§. 117. 118 (zwei Mal); II, lib. 3, §. 16 (zwei Mal); pro Flacco c. 34, §. 85; Philipp. II, c. 25, §. 62; ad Allic. VI, 1; Orat. part. §. 98.

6) In Verr. II, lib. 1. §. 113: (hereditatis) nec petitionem nec possessionem dabo. In den Edictsworten der §§. 114. 115. 117. ibid. ist die Ergänzung des Genitivs hereditatis durch die Ueberschrift: „Si de hereditate ambigitur“ geboten, und auch von Cicero ad Att. VI, 1, §. 15 ausgesprochen: Quod sine edicto satis commode transigi non potest, de hereditatum possessionibus, de bonis possidendis vendendis, magistris faciendis, quae ex edicto postulari et fieri solent. In den §§. 123. 124 der orat. II. in Verr. lib. 1 gebraucht Cicero bei der Erzählung desselben Falles neben der Bezeichnung hereditatis possessio offenbar nur der Kürze wegen bloss den Ausdruck possessio. Im §. 127 ibid. ist possessio für sich allein gebraucht.

7) Ad fam. VII, 21; in Verrem I, c. 4, §. 12; pro Cluentio c. 60. §. 165; frgm. orat. I. pro C. Cornelio. 18 (Or. p. 450).

und Cicero diese Edicte ausdrücklich als seit der Begründung des prätorischen Rechts in Geltung erhaltene bezeichnet, so ist der Ausdruck hereditatis posssessio als die ursprüngliche Bezeichnung der successio in locum defuncti jure praetorio anzusehen. Es ist aber zweifellos, dass in der Edictsüberschrift das Wort hereditas nicht mit „Erbschaft", sondern mit „Erbrecht" zu übersetzen ist, weil es nicht ungewiss ist, wo etwa die Erbschaft hingekommen, sondern „wer Erbe" sei. Die Edictsworte: (hereditatis) possessionem dabo, heissen also: Ich werde den Besitz oder die Ausübung des Erbrechts geben. Wenn also Labeo die Bon. Poss. als eine juris possessio bestimmt[8]), so konnte er diese Begriffsbestimmung nur aus dem ursprünglichen Edict entlehnt haben, welches uns Cicero theilweise erhalten hat[9]).

Was hier aus den Quellen abgeleitet wurde, nämlich, dass die Bon. Poss. schon ursprünglich eine vom Prätor verliehene und geschützte Ausübung des Erbrechts war, das ergibt sich auch als nothwendige Folgerung aus den von mir oben gewonnenen Prämissen. Der Praetor urbanus hatte seine obrigkeitlich rechtsetzende Gewalt auch für die Reform des Erbrechts[10]) erhalten: er konnte also kraft dieser Gewalt sofort neue Universal-Successionen einführen. Weil er jedoch durch seine obrigkeitliche Rechtsetzung kein Gesetzesrecht schaffen konnte, und ihm hier auch die Sponsio ihren Dienst völlig versagte, so mussten diese seine neuen Universal-Successionen so lange nur Ausübungen des Erbrechts bleiben, bis sie durch die Vollendung der Usucapio civilrechtliche Natur erhielten. Zur Verwirklichung der von ihm gegebenen neuen Universal-Successionen konnte er kraft der lex Silia und seiner potestas juris civilis corrigendi sofort das Interdict „quorum bonorum" auch in folgender Fassung aufstellen:

Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est,

---

8) L. 3. §. 1. D. de bon. poss. 37, 1 (Ulp. lib. 39 ad edict.): Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda est; est enim juris magis quam corporis possessio; denique etsi nihil corporale sit in hereditate, attamen recte ejus bonorum possessionem agnitam Labeo ait. Damit stimmen überein: L. 208. D. de verb. sign. 50, 16: Bonorum appellatio sicuti hereditatis universitatem quandam acjus successionis et non singulas res demonstrat. L. 138. D. eod.: hereditatis appellatione bonorum quoque possessio continetur.

9) Vgl. Leist, a. a. O. S. 93—102, 435—437.

10) §. 1. Inst. III, 9: Jus bonorum possessionis introductum est a praetore emendandi veteris juris gratia.

quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides, possideresve, si nihil usucaptum esset, id illi restituas [11]).

Die Folgerungen aus meinen Prämissen führen also zu denselben Ergebnissen, zu welchen Leist durch Verwerthung des gesammten Quellenmaterials in der Hauptsache gelangt ist [12]).

Es fragt sich nun zunächst, womit der Prätor seine Reform des civilen Erbrechts begann. Ich habe also hier zu rechtfertigen, was ich schon oben (S. 156) bemerkt habe, dass der testamentarische Formalismus häufig die Intestaterfolge veranlasste, diese aber in der Zeit der lex Aebutia darum bereits in ihren Fundamenten erschüttert war, weil in dieser Zeit sich auch schon die alte Gentilverfassung aufgelöst, für die Plebejer aber überhaupt keine Bedeutung gehabt hatte.

Das Intestat-Erbrecht des Grundgesetzes beruhte nicht auf dem Grundgedanken der modernen Intestaterbfolgeordnungen, dass der Erblasser den Kindern bezw. den Eltern, Geschwistern u. s. w. mit gleicher Liebe zugethan war, und sie gleich behandelt sehen wollte, sondern auf dem der altrömischen Familienverfassung zu Grunde liegenden Princip, dass, weil alle haushörigen Personen nicht sich selbst, sondern nur dem paterfamilias erwarben, nur jene zur Intestaterbfolge zu berufen seien, welche zu diesem Erwerbe selbst beigetragen hatten. Waren nun solche haushörige active Mitglieder (die in manu des Gatten stehende Frau wurde als filiafamilias behandelt) zur Zeit des Todes des Erblassers als eigen berechtigte Erben (sui heredes) nicht vorhanden, so mussten nach diesem Grundsatz jene Personen zur Intestaterbfolge berufen werden, welche einst mit dem Erblasser unter der nämlichen patria potestas standen und für den Vermögenserwerb mit ihm gemeinsam thätig waren, also der Bruder, oder die Brüder des Erblassers. Daher die zutreffende Fassung des Grundgesetzes: Si intestatus moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto. Hier werden die sui heredes so sehr als eigen berechtigte Erben hingestellt, dass die eigentliche Berufung zur Erbfolge erst mit dem agnatus proximus beginnt. Allein wie die Einzelfamilie eine vermögensrechtliche Einheit darstellte, so standen auch die Familien, welche nach dem Tode des paterfamilias durch die sui juris gewor-

---

11) L. 1 pr. D. quor. bon. 43, 3. Die letzte Clausel dieses Interdicts: quodve dolo malo fecisti, ut desineres possidere, ist wohl nur ein später Zusatz. Leist, a. a. O. S. 375–410, besonders S. 392, 393.

12) a. a. O. S. 91–94; 435–437.

denen Söhne begründet wurden u. s. w., von einander nicht völlig getrennt, sondern behielten noch immer einen sittlichen und vermögensrechtlichen Zusammenhang, welcher ihnen besondere Rechte gab und besondere Pflichten auferlegte. Die Mitglieder solcher Familien, die Gentilen, standen also in vermögensrechtlicher Beziehung dem Erblasser noch immer näher, als ein filius emancipatus, welcher durch die Emancipatio aus der Familie und dadurch auch aus der gens getreten war. Dies Intestaterbrecht beruhte also auf der strengen Gemeinsamkeit der Rechte und Pflichten, während die volle Testirfreiheit des Erblassers den besondern Verhältnissen Rechnung zu tragen gestattete. Dazu kommt, dass in der Zeit der noch kleinen römischen Gemeinde für den römischen Bürger ausserhalb derselben so gut wie kein Leben gab, die liberi emancipati, die agnati capite diminuti sich in der Nähe des Erblassers befanden, mit ihm in steter Berührung standen, die Schicksale seiner Person kannten, und somit stets in der Lage waren, den Nachlass selbst in Besitz zu nehmen und zu ersitzen. Ja bei der vollen Testirfreiheit des Erblassers liess sich die Unterlassung der Errichtung eines Testaments auch dahin auslegen, dass der Erblasser diese Personen überhaupt nicht zu Erben haben wollte [13]). Auch kann ich mir bei der Innigkeit des Familienlebens gerade der ältesten Zeit nicht denken, dass die in dieser Zeit so mächtige Sitte in den Fällen, wo liberi emancipati u. s. w. vorhanden waren, einer der Familie ferne stehenden Person gestattete, sich vorzudrängen und ihnen in der Besitzergreifung des Nachlasses zuvorzukommen. Die „iniquitates", welche Gaius in III, 19—24 in der Intestaterbfolge des Grundgesetzes findet, konnten also ursprünglich gar nicht vorhanden gewesen sein.

Ganz anders aber mussten sich diese Verhältnisse gestalten in der Zeit, in welcher aus der kleinen Stadtgemeinde ein Staat von jenem Umfange und Machtgebiete sich entwickelt hatte, welche ich oben (S. 149 fg.) für die Zeit der lex Aebutia angegeben habe. In dieser Zeit war nicht bloss die alte Gemeinsamkeit des Lebens und des Erwerbes nicht mehr durchführbar; es hatte nicht bloss schon die freie Usus-Ehe sich neben die strenge Manus-Ehe gestellt, sondern in dieser Zeit war auch jene alte Familienverfassung mit dem alten Geschlechterstaat völlig erschüttert, welche darum die breite Grundlage der Intestaterbfolge bildete, weil, wenn der agnatus proximus nicht Erbe werden wollte oder konnte, zur Erbfolge nicht die entfernteren Agnaten, sondern sofort die Gentilen berufen waren.

---

13) Kuntze, Excurse S. 705.

Es hatten nun zwar schon die Gegner der lex Canuleia von 309/445 über das connubium der Plebejer mit den Patriciern die von ihnen in Folge dieses Gesetzes befürchtete colluvio gentium (Livius IV, 2) vergeblich abzuwehren gesucht, dennoch lässt sich die Erschütterung der Gentilverfassung erst der Zeit der lex Atilia über die Bestellung von Vormündern zuschreiben. Durch dieses Gesetz wurde nämlich der Praetor urbanus mit der Majorität der Volkstribunen autorisirt, einen Geschlechts- oder Alters-Vormund zu bestellen, wenn ein solcher überall nicht vorhanden war. Nun aber hatte das Grundgesetz die Bestellung des Geschlechts- und Alters-Vormunds der Privatautonomie des paterfamilias, subsidiär dem Geschlechte, dann dem individuellen Beschlusse des Volkes überlassen [14]). Wenn nun dieses Gesetz die Bestellung des Vormunds auf den Praetor urbanus und die Volkstribunen überträgt, so muss in seiner Zeit einerseits die alte Gentil-Verfassung bereits erschüttert, andererseits die individuelle Beschlussfassung des Volkes über die Bestellung eines Vormunds bereits mit Schwierigkeiten verbunden gewesen sein. Dies letztere Moment war aber, wie ich oben (S. 98) auf Grund der Nachricht des Pomponius nachgewiesen habe, schon in der Zeit vor der lex Aebutia vorhanden, folglich muss die lex Atilia sogar in die Zeit vor der lex Aebutia gesetzt werden. Wegen Livius 39, 19 wurde dies Gesetz zwar auch schon bisher vor das Jahr 565 gesetzt, allein Rudorff [15]) bemerkt zugleich, dass ein L. Atilius im J. 443, ein Volkstribun M. Atilius Regulus aber im J. 460 d St. vorkommt. Weil dieses Gesetz den Einfluss der Volkstribunen vornehmlich im Interesse der Schutzbedürftigen der Plebejer, welchen die Gentilverfassung nur selten Schutz gewähren konnte, erhöhte, so liegt es nahe, dasselbe gerade dem genannten Volkstribun zuzuschreiben und in das J. 460 zu setzen. Die alte Gentil-Verfassung und die auf ihr beruhende Intestaterbfolge muss also schon in dieser Zeit erschüttert gewesen sein. Es ist ferner wohl nicht zweifelhaft, dass die gentes ursprünglich nur die Patricier als active Mitglieder umfassten, und dass plebeische gentes sich nur nach diesem Vorbilde gebildet hatten. Allein weil die Bildung und Erhaltung einer solchen Familien-Verbindung einen bedeutenden Grundbesitz und ein bedeutendes Vermögen voraussetzt, die Plebejer aber auch noch in dieser Zeit tief verschuldet waren, so kann die Zahl der plebeischen gentes nicht gross gewesen sein. Die Gentil-Verfassung kann also für die Plebejer überhaupt keine Bedeutung gehabt haben. Die Plebejer waren also, wenn sie Erblosigkeiten vorbeugen wollten, haupt-

---

14) Rudorff, RG. I. S. 70.   15) RG. I. §. 28, Note 1.

sächlich an ihre Testirfreiheit und an die strenge Beachtung jenes testamentarischen Formalismus angewiesen, welcher gerade ihnen am wenigsten geläufig war.

Das Grundgesetz hatte die testamentarische Erbfolge über die Intestaterbfolge gestellt; allein weil dasselbe über die erstere nur das oben (S. 57, 79) besprochene oberste Grundgesetz enthielt, die Pontifices aber das Princip des Formalismus auch in diesem Gebiete durchzuführen hatten, so konnten sie die testamentarische Erbfolge nur in dem Falle zulassen, wenn der hierauf gerichtete Wille des Erblassers zweifellos vorlag, also formell gegeben war. Es trat somit die Intestaterbfolge ein, sobald in der Wahl der durch die legale Interpretation vorgeschriebenen, also gesetzlichen, Formen der Testator sich auch das geringste Versehen hatte zu Schulden kommen lassen. Dieser testamentarische Formalismus hatte also die Intestaterbfolge, welche ursprünglich die herrschende gewesen war, noch immer sehr begünstigt. Wollte nun der Prätor das civile Erbrecht reformiren, so musste er vor Allem der testamentarischen Erbfolge über die bereits in ihren Fundamenten erschütterte grundgesetzliche Intestaterbfolge dadurch ein entschiedenes Uebergewicht verschaffen, dass er sich auf dieselbe einen entscheidenden Einfluss sicherte. Damit aber gelange ich zum Kardinalpunkt dieser Frage, nämlich zu der sehr bestrittenen Auslegung der uns von Cicero erhaltenen ursprünglichen Edicte. Diese lauten:

Si de hereditate ambigetur — —.

1) Si de hereditate ambigetur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum (hereditatis) possessionem dabo.

2) Si tabulae testamenti non proferentur, tum uti quemque potissimum heredem esse oporteret, si is intestatus mortuus esset, ita secundum eum (hereditatis) possessionem dabo[16].

Diese Edicte interpretirt Leist dahin, dass der Prätor sie nur für die civilen Erben proponirt habe, die Bon. Poss. also nur juris civilis confirmandi gratia eingeführt worden sei. In Folge dieser seiner Grundanschauung muss Leist unter den tabulae testamenti des ersten Edictes ausschliesslich das civilrechtlich gil-

16) S. Note 4 dieses §. und Leist a. a. O. S. 76. 436.

tige schriftliche Testament verstehen, und jene Abschwächungen des testamentarischen Formalismus, aus welchen sich zuletzt sogar eine selbstständige Form des schriftlichen Testaments unter dem Namen des „prätorischen" entwickelt hatte, sogar erst in die Augusteische Zeit verlegen[17]).

Ich kann dieser Ansicht nicht beistimmen. Ich habe oben dargelegt, wie der Prätor bestrebt war, in den Gebieten des Obligationen- und Eigenthumsrechts den Formalismus den Bedürfnissen des Verkehrs gemäss einzuschränken: ich kann also nicht glauben, dass der Prätor in dem wichtigen Gebiete des Erbrechts gerade den entgegengesetzten Weg eingeschlagen, und den Formalismus bis zur Augusteischen Zeit zu conserviren gesucht habe. Eine directe Widerlegung der Ansicht, dass die Bon. Poss. nur juris civilis confirmandi gratia eingeführt worden sei, finde ich sogar in Gaius III, 34. Wie Huschke die handschriftliche Lücke dieser Stelle mit stillschweigender Beistimmung auch Böckings (Gaius) mit dem §. 1 Inst. de bon. poss. 3, 9 ausfüllt, lautet sie wie folgt:

(Aliquando tamen neque emendandi (= Reform im Allgemeinen), neque impugnandi (= Correctur) veteris juris, sed magis confirmandi gratia pollicetur bonorum possessionem. nam illis quoque) qui (recte facto testamento heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem) : item ab intestato heredes suos et agnatos ad bonorum possessionem vocat. quibus casibus beneficium ejus in eo solo videtur aliquam utilitatem habere, quod is, qui ita bonorum possessionem petit, interdicto, cujus principium est „Quorum bonorum" uti possit, cujus interdicti quae sit utilitas suo loco proponemus: alioquin remota quoque bonorum possessione ad eos hereditas pertineret jure civili.

Es ist nicht glaublich, dass der Prätor sein Beneficium denjenigen, welche dessen dringend bedurften, versagt, dagegen denjenigen gegeben habe, welche auch ohne dasselbe Erben waren und Erbschaftsobjecte, die sich im Besitze Anderer befanden, rechtzeitig vindiciren konnten; es ist nicht glaublich, dass der Prätor sein Beneficium ursprünglich nur denjenigen gewährte, welchen es nach dem ausdrücklichen Zeugnisse des Gaius keinen erheblichen Vortheil bot. Ich werde aber sogleich zu zeigen haben, dass der Prätor sein Beneficium sofort auch den civilen Erben anbieten musste, und dass er diese sonst durch die Einführung seines

17) a. a. O. S. 467.

neuen Institutes sogar sehr benachtheiligt hätte. Ausser diesen allgemeinen Gründen sprechen aber gegen die Ansicht Leist's noch jene besonderen Gründe, welche sich mir aus der Auslegung der in Rede stehenden Edicte ergeben.

Vorerst lehrt auch Leist, dass das mündliche Mancipationstestament, welches nach der Decemviralgesetzgebung in Friedenszeiten das allein herrschende war, auch noch in dieser Zeit in Uebung bestand [18]), und dass später in der Zeit, in welcher der Prätor wegen der bereits allseitig durchgeführten Reform des Erbrechts nicht mehr nöthig hatte, in die Testamentsurkunden selbst Einsicht zu nehmen und die testamentarische Erbfolge selbst zu dirigiren, für die Ertheilung der Bon. Poss. die Vorweisung der Testamentsurkunde nicht mehr gefordert wurde [19]). Wollte also der Prätor die Bon. Poss. nur dem civilen Testamentserben geben, so durfte er weder ausschliesslich nur das schriftliche Testament, noch die Vorweisung desselben fordern. Ferner hebt Leist selbst hervor (S. 449), dass zur Bezeichnung des civilen schriftlichen Testaments auch der Ausdruck tabulae testamenti genügte: wollte also der Prätor die Bon. Poss. nur dem civilen Testamentserben geben, so durfte er nicht den Beisatz machen: obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet, und durch ihn die Auslegung seiner Worte irreleiten. Das „potissimum" enthält den Nebenbegriff der Wahl. Im zweiten Edict bezieht sich diese auf die sui heredes, den nächsten Agnaten und die Gentilen: ist nun im ersten Edict nur der civile Testamentserbe zu verstehen, dann erscheint auch die durch das „potissimum" ausgedrückte Bevorzugung der tabulae testamenti überflüssig, weil der Prätor, wenn er die Bon. Poss. nur den civilen Erben zuwenden wollte, nicht hervorzuheben brauchte, dass er dem Testamentserben den Vorzug vor dem Intestaterben geben werde. Endlich musste unter dieser Voraussetzung der Prätor sein Beneficium, wie nur dem wirklichen Testamentserben, so auch nur dem wirklichen Intestaterben geben, also im zweiten Edict für den Conjunctiv oporteret den Indicativ oportebit setzen, und den Satz: si is intestatus mortuus esset, weglassen. Wollte also der Prätor die Bon. Poss. wirklich nur für die civilen Erben proponiren, und nicht irreführend sich ausdrücken, so musste er seinen Edicten etwa folgende Fassung geben:

1) Si de hereditate ambigetur et testamentum jure factum exstabit, secundum testamentum (hereditatis) possessionem dabo.

18) Sueton. in vita Horat. c. ult. Leist a. a. O. S. 444, 445.

19) A. a. O. S. 464.

2) Si testamentum jure factum non exstabit, tum uti quemque potissimum heredem esse oportebit, ita secundum eum (hereditatis) possessionem dabo.

Ich glaube nicht, dass aus einer wirklich nur für den civilen Testamentserben berechneten Fassung des ersten Edictes schon Trebatius Testa die Ansicht gewonnen hätte, dass die Bon. Poss. sogar auf Grund eines Testaments einer nicht capite diminuirten Frau erbeten werden könne[20]), und dass aus einer solchen Fassung des ersten Edictes jemals jene Beschränkung des testamentarischen Formalismus, von welcher Gaius spricht[21]) und das spätere prätorische Testament als eine selbstständige, der civilen entgegengesetzte, Testamentsform hätten hervorgehen können.

Was nun vorerst die Bedeutungen des „ambigere" betrifft, so ist auch die Lex Rubria c. 21, lin. 18. 19 zu berücksichtigen. Die grösste Schwierigkeit bereiten dem Ausleger aber die Worte: et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege oportet, ad me proferentur.

Vor Auffindung des Gaius wurden diese Worte dahin verstanden, dass der Prätor damit sofort eine eigene selbstständige Testamentsform eingeführt habe und die dadurch begründete testamentarische Erbfolge nicht bloss die civilen Intestat- sondern sogar auch die civilen Testamentserben ausgeschlossen habe. Diese Ansicht musste in Folge der Nachricht des Gaius in II, 119. 120[22])

20) Huschke, Studien S. 19 fg.

21) II, 115—119: Non tamen, ut jure civili valeat testamentum, sufficit ea observatio, quam supra (§§. 104 sqq.) exposuimus de familiae venditione et de testibus et de nuncupationibus: §. 116 (sed) ante omnia requirendum est, an institutio heredis sollemni more facta sit: nam aliter facta institutione nihil proficit familiam testatoris ita venire, testesve ita adhibere et nuncupare ita testamentum, ut supra (§§. 104 sqq.) diximus. §. 117. Sollemnis autem institutio haec est: Titius heres esto; sed et illa jam comprobata videtur: Titium heredem esse jubeo; at illa non est comprobata: Titium heredem esse volo; sed et illae a plerisque inprobatae sunt: heredem instituo; item: heredem facio. §. 118. Observandum praeterea est, ut si mulier, quae in tutela sit, faciat testamentum, tutore auctore facere debeat: alioquin inutiliter jure civili testabitur. §. 119. Praetor tamen, si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur, (et) si nemo sit, ad quem ab intestato jure legitimo pertineat hereditas, velut frater eodem patre natus aut patruus aut fratris filius, ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem: nam idem juris et si alia ex (causa) testamentum non valeat, velut quod familia non venierit aut nuncupationis verba testator locutus non sit.

22) Der §. 119 ist abgedruckt in der vorigen Note; der §. 120 aber lautet: Sed videamus, an (non) etiam si frater aut patruus exstent, potiores scrip-

hinfällig werden, wonach ein nicht allen Erfordernissen des Civilrechts entsprechendes schriftliches Testament erst durch ein Rescript des M. Aurelius Antoninus die Wirksamkeit auch gegen die civilen Intestaterben erhielt. Es wurde also von Treckell, Dernburg und Fabricius der Satz angenommen, dass nicht daran zu denken sei, dass der Prätor durch die Bon. Poss. eigens eine neue Testamentsform geschaffen habe, die man unter dem Namen des prätorischen Testaments dem Mancipationstestamente entgegen zu setzen und als eine davon unabhängig im römischen Rechtsleben bestehende aufzufassen habe. Diesem Ergebniss der neueren Forschung hatte sich auch Leist in seiner „Bonorum Possessio“[23]) angeschlossen, und seiner Grundansicht gemäss, dass die Bon. Poss. ursprünglich nur für die civilen Erben proponirt worden sei, unter tabulae testamenti ausschliesslich nur das civilrechtlich giltige schriftliche Mancipationstestament verstanden. Diesen Standpunkt hält er nun auch noch jetzt in seinem Pandekten-Commentar[24]) gegen die Ausführungen Hingst's[25]) aufrecht, welcher aber wohl kaum „Rückschritte zur alten Auffassung macht“[26]), wenn er vorerst p. 126 ausdrücklich bemerkt: Antequam Gaius repertus est, bonorum possessionem secundum tab. jam initio novum genus testamentorum juri civili oppositum habitum est. Ex eo auctore (II. 119) apparuit non statim ita se rem habuisse, sed demum post Hadrianum, — und dann seine Ansicht p. 139 so zusammenfasst: Ex mea disputatione apparet jam statim bonorum possessionem secundum tab. juri civili quodammodo fuisse oppositam. Ideo praetorium testamentum in nucleo jam apud Ciceronem occurrit, sed tantum verum testamentum dici potest, quum (scil. praetor) heredes scriptos in non jure factis testamentis contra heredes ab intestato tueretur. Nun eine neue selbstständige Form des Testaments durfte der Prätor nicht einführen, weil er dadurch sofort das civile schriftliche Testament ausser Uebung gesetzt, dadurch aber thatsächlich das jus civile sofort corrigirt hätte. Dies würde auch seinem im Obligationen- und Eigenthumsrechte beobachteten Verfahren widersprechen, wo er die stipulatio und mancipatio nicht beseitigte, sondern sie fortbestehen liess. Hätte der Prätor durch sein erstes Edict eine

---

tis heredibus habeantur: rescripto enim imperatoris Antonini significatur, eos, qui secundum tabulas testamenti non jure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali.

23) I. Theil, S. 144, 145. — 24) I. Theil, S. 441—557.

25) Commentatio de bonorum possessione praemio aureo donata. Amstelodami 1858. — 26) Leist a. a. O. S. 447.

neue selbstständige Testamentsform geschaffen, dann hätte er auch die Vorlegung der seiner Formvorschrift entsprechenden Testamentsurkunde nicht zu fordern gebraucht, wie ja auch das spätere selbstständige prätorische Testament nicht mehr vorgelegt zu werden brauchte, sondern das exstare tabulas testamenti septem signis testium obsignatas genügte. Die im ersten Edicte geforderte Vorlegung der Testamentsurkunde und ihre Besichtigung und Prüfung durch den Prätor erscheint also bei der Annahme eines selbstständigen prätorischen Testaments ebenso unmotivirt, als bei der Annahme eines ausschliesslich civilrechtlich giltigen Mancipationstestaments. Wenn also der Prätor die Vorlegung der tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet, fordert, so meint er damit weder ausschliesslich ein civiles, noch ein besonderes prätorisches Testament, sondern eine Testamentsurkunde, welche die gesetzlichen Merkmale ihrer Aechtheit an sich trägt. Unter dieser Testamentsurkunde ist nun freilich nur die Urkunde des schriftlichen Mancipationstestaments zu verstehen, allein damit ist nicht zugleich die Forderung aufgestellt, dass der Prätor auf Grund derselben nur dann die Bon. Poss. geben wolle, wenn sie auch allen formellen Erfordernissen des Civilrechts entsprechen würde. Gerade darum fordert der Prätor die Vorlegung der mit den gesetzlichen Merkmalen ihrer Aechtheit versehenen Urkunde des Mancipationstestaments, um nach genommener Einsicht als vom Gesetze berufener alleiniger interpres juris civilis selbst entscheiden zu können, ob das vorgelegte ächte Testament civilrechtlich giltig sei, oder ob der ächte Wille des Erblassers trotz formeller Mängel aufrecht zu erhalten, die successio in locum defuncti also kraft der potestas juris civilis supplendi doch jure praetorio zu gestatten sei, oder ob dem vorgelegten Testamente auch diese prätorische Wirksamkeit versagt werden müsse. Hatte nun der Prätor auf Grund eines nicht allen Erfordernissen des Civilrechts entsprechenden Testaments die Bon. Poss. ertheilt, so hatte er damit das Civilrecht nicht corrigirt, wesshalb der civile Intestaterbe einem solchen prätorischen Erben das Erbrecht noch immer evinciren, und die Bon. Poss. erfolglos (sine re) machen konnte.

Hatte nun der Prätor auf Grund auch eines nicht allen formellen Erfordernissen des Civilrechts entsprechenden Testamentes die Bon. Poss. gegeben, so konnte er dieselbe unmöglich versagen, wenn das vorgelegte Testament allen Erfordernissen des Civilrechts entsprach. Musste aber der Prätor die Bon. Poss. dem civilen Testamentserben geben, so durfte er sie auch dem civilen Intestaterben nicht ver-

sagen. Diese bonorum possessio juris civilis supplendi causa hatte also die bon. poss. juris civilis confirmandi gratia nothwendig zur unmittelbaren Folge, wesshalb beide Arten der Bon. Poss. gleichzeitig eingeführt zu betrachten sind. Mir erscheint also in dieser Beziehung die Lehre Leist's nicht unrichtig, sondern nur unvollständig.

Die gleichzeitige Einführung der bon. poss. juris civilis confirmandi gratia mit der bon. poss. jur. civ. supplendi causa erscheint aber auch darum unbedingt nothwendig, weil die civilen Erben durch dieses neue Institut sonst sehr benachtheiligt worden wären.

Ich kann mich hier zur Begründung dieser Behauptung nur auf den oben (S. 198 fg.) kurz erörterten Conflict des prätorischen und civilen Intestaterbrechts im Processe der plebeischen Claudii Marcelli gegen die patricischen Claudii berufen. Hätte der Prätor die Bon. Poss. nicht auch für die civilen Erben proponirt, so konnten im angeführten Falle dieselbe nur die plebeischen Marceller, nicht aber die patricischen Claudier erhalten. Wollten nun die Letzteren gegen die Ersteren mit der Erbrechtsklage auftreten, so mussten sie die ihnen vortheilhafte hereditatis vindicatio, welche für den prätorischen Erben als Beklagten ganz unbrauchbar war, fallen lassen und zur legis actio in rem per spons. et sacram. greifen. Nun aber waren bei dieser legis actio in rem als einer actio simplex die Parteien bezüglich der Beweislast nicht mehr, wie bei der duplex in rem actio, ganz gleichgestellt, sondern der Beklagte hatte bei ihr bereits das „commodum possessoris". Die plebeischen Marceller als Besitzer der Erbschaft hätten also ihren Besitz auch ohne Nachweis ihres Rechtes behauptet, wenn es den patricischen Claudiern nicht gelungen wäre, ihr civiles Intestaterbrecht zu erweisen. Daraus wird aber zugleich ersichtlich, wie sehr vom Prätor der prätorische Testamentserbe vor dem civilen Intestaterben bevorzugt wurde.

Weil die Individualität und Identität der vom Erblasser den Zeugen vorgezeigten Testamentsurkunde (Gaius II, 104: in his tabulis) später nur mehr durch die Siegel der bei der Testamentserrichtung gegenwärtigen 7 Personen constatirt werden konnte, so war für das geheime schriftliche Testament das obsignare tabulas testamenti unbedingt nothwendig, wenn die Urkunde überhaupt Merkmale ihrer Aechtheit an sich tragen sollte. Die Zahl der Siegel aber wird auch schon ursprünglich nur 7 und nicht 5 gewesen sein, weil, wenn die 7 Siegel nicht schon ursprünglich erforderlich gewesen wären, später, als der Act der familiae emtio und mit ihm auch der familiae emtor und der libripens entfallen waren, nicht 7,

sondern nur 5 Siegel gefordert worden wären, was aber nicht der Fall war.

In seiner „Bonorum Possessio" hat Leist die Worte des ersten Edictes „e lege" mit Treckell, Dernburg, Fabricius und Savigny im Sinne von „ex jure civili" verstanden [27]), in seinem Pandekten-Commentar (S. 83) aber der Ansicht Hugo's und Böcking's über den Ursprung der Bon. Poss. sich nähernd dahin erklärt, dass wegen Cicero in Verr. II, lib. 1 §. 118 (s. oben Note 4 dieses §.) darunter das „bestehende Recht", also für Rom das „jus civile", für die Provinzen „das Provincialrecht" zu verstehen sei. Allein der Praetor urbanus konnte, wiewohl er das Centralorgan der einheitlichen Entwicklung des römischen Privatrechts war (vgl. oben S. 127 fg.) dennoch für die Provinzen kein Edict proponiren, wohl folgt aber aus dem oben (S 131 fg.) dargelegten Verhältnisse des Praetor peregrinus zum Praetor urbanus, dass auch die Provincial-Regenten nur das Civilrecht des Praetor urbanus zu ergänzen, eventuell zu verbessern hatten, wofür aber im Gebiete des Erbrechts wohl kaum ein Bedürfniss vorhanden war. Gleichwohl liessen sich die Worte „e lege" in kein Provincial-Edict übertragen. Das geheime schriftliche Mancipationstestament war nämlich ein Product der legalen Interpretation des Civilrechts (vgl. oben S. 79 fg.), die Vorschrift über die Siegelzahl also eine Bestimmung des mittelbaren Civilrechts des Grundgesetzes, und wird darum sogar vom Prätor selbst hier geradezu als lex bezeichnet. Weil nun das Civilrecht des Grundgesetzes für die Provinzen keine Geltung hatte, so konnte sich kein Provincial-Regent auf dasselbe berufen, sondern es musste dafür unmittelbar der materielle Inhalt der civilrechtlichen Bestimmung, also hier die Siebensiegelzahl selbst, in das Provincial-Edict aufgenommen werden [27a]). Aus dem Provincial-Edict aber musste die Siebensiegelzahl später in das edictum perpetuum Aufnahme finden, weil, als Salvius Julianus aus dem städtischen und

---

27) So jetzt auch Hingst, a. a. O. p. 138 Note 1 und Rudorff, Edictum perpet. p. 145 Note 5.

27a) Wenn aber Cicero im §. 117 sagt: in Sicilia de hereditatum possessionibus edixit idem, quod omnes Romae praeter istum, so meint er damit nicht auch die Worte: non minus multis signis quam e lege oportet, sondern nur, dass Verres in sein Sicilisches Edict den getadelten Zusatz nicht aufgenommen hatte, welchen sein städtisches Edict enthielt. Darum sagt er im §. 118: Nam in utroque genere video non modo ceteros, sed te ipsum totidem verbis edixisse, quod verbis edici Romae solet. Also Verres hatte in Sicilien nicht iisdem, sondern nur totidem verbis edicirt, d. h. ohne jenen Zusatz.

dem Provincial-Edict eine einheitliche Reichs-Civilprocessordnung herzustellen hatte, für ihn der Ausdruck „e lege“ selbstverständlich nicht brauchbar war. Es lässt sich also nicht mit Leist [28]) folgern, „dass die neue prätorische Vorschrift der Siebensiegelzahl — nicht mehr als confirmatorische Adoption des ex lege Geltenden, sondern bereits als etwas Neues, den Boden des Civilrechts Verlassendes, gemeint ist.“

Dass im ersten Edict der Ausdruck „potissimum“ eine adverbielle Bestimmung enthält, und „vorzüglichst, vornehmlichst, zunächst“ heisst, ist nicht bestritten. Wie aber „potius“ auch „vielmehr, lieber“ heisst, so kann auch „potissimum“ mit „am liebsten“ übersetzt werden, z. B. in den Worten: leto aliquo potissimum perire (Plautus, Mercat. II, 4, v. 15). Wie ferner das „secundum libertatem vindicias dicere“ die Ertheilung der Vindicien nach dem Antrage, Begehren des Vindex bedeutet, so heisst auch das hered. poss. secundum tabulas testamenti dare so viel als „die hereditatis possessio nach dem Antrage, Begehren des im schriftlichen Testamente eingesetzten Erben geben“. Mit diesen Worten erklärt also der Prätor, dass er „über Begehren die Ausübung des Erbrechts mit Bevorzugung dem im schriftlichen Testamente eingesetzten Erben geben werde“. Ich kann also Hingst [29]) nicht beistimmen, dass der Prätor hier das Wort potissimum nur darum eingeschoben habe, um die bon. poss. secund. tab. ausnamsweise wegen Präterition eines Emancipatus auch verweigern zu können. Dieselbe adverbielle Bedeutung „mit Vorzug“ hat dieses Wort aber auch im zweiten Edict. Weil nämlich „quemque potissimum“ nicht mit potissimum quemque zu verwechseln ist, so darf hier unter diesem Worte nicht „der Würdigste“ verstanden werden [30]). Es lässt sich also auch nicht mit Hingst aus diesem Worte folgern, dass der Prätor die Bon. Poss. dem agnatus proximus wegen eines vorhandenen Emancipatus verweigert habe. „Ut quisque“ bedeutet „alle Mal wenn einer“, „so oft einer“ [31]). Der Conjunctiv oporteret ist durch den Satz: si is intestatus mortuus esset, bedingt. Mit diesem Satze wird die Nichtvorlegung der Testamentsurkunde dem Nichtvorhandensein derselben gleichgestellt, und als Folge dieser Nichtvorlegung der Eintritt der civilen Intestaterbfolge ausgesprochen, also für den Fall der Nichtvorlegung der Testamentsurkunde, — mag eine solche vorhanden sein oder nicht, — die civilen In-

28) a. a. O. S. 465. — 29) a. a. O. p. 61.
30) Huschke, Richter's Jahrb. V, S. 14.
31) Nägelsbach, Lateinische Stilistik §. 75 Nr. 4.

testaterben nach ihrer Rangordnung oder ihrem Vorzug (potissimum) berufen, somit zuerst die sui heredes, dann der agnatus proximus, und zuletzt die Gentilen. Das „heredem esse oporteret" lässt sich also nicht mit Huschke [32]) dahin interpretiren, dass damit jener bezeichnet werde, „welcher, abgesehen von einem Testament, gleichviel ob er wirklich heres sei oder nicht, doch würdig wäre, heres zu sein".

Die erörterten zwei Edicte glaube ich somit so übersetzen zu müssen:

1) Wenn über das Erbrecht ein Streit entstehen, und die Testamentsurkunde, gesiegelt mit nicht weniger Siegeln als das Gesetz fordert, mir vorgelegt werden wird, dann werde ich über Begehren die Ausübung des Erbrechts mit Bevorzugung dem Testamentserben geben.
2) Wenn hingegen die Testamentsurkunde mir nicht vorgelegt werden wird, dann werde ich über Begehren die Ausübung des Erbrechts jedesmal so ertheilen, wie einer von dem Gesetze mit Vorzug als Erbe berufen sein würde, wenn der Erblasser ohne Testament gestorben wäre.

Es ist einleuchtend, dass das geheime schriftliche Testament durch dieses Edict ein entscheidendes Uebergewicht über das mündliche erlangen und dieses auf Fälle beschränken musste, in welchen wegen naher Todesgefahr, wie im Falle des Horaz, oder wegen anderer Hindernisse die Errichtung eines schriftlichen Testaments nicht möglich war. Dadurch aber, dass der Praetor urbanus die Einsichtnahme in das nun zur Herrschaft erhobene schriftliche Testament sich sicherte, konnte er durch Verwerthung der ihm verliehenen drei potestates die ganze testamentarische Erbfolge ganz von sich abhängig machen, und konnte somit nicht bloss auf Grund eines nicht allen formellen Erfordernissen des Civilrechts entsprechenden Testaments ein prätorisches Erbrecht geben, sondern er konnte, wie Valerius Maximus VII, 7, §. 7 erzählt, einem Testamentserben die bon. poss. secund. tab. sogar wegen Bescholtenheit versagen: Q. Metellus — Vecillo lenoni bonorum Vibieni possessionem secundum tabulas testamenti non dedit. Weil es aber im Interesse des Prätors lag, überflüssiges und leichtfertiges Processiren ferne zu halten, so möchte ich nicht zweifeln, dass er die Bon. Poss. auch in allen Fällen einstweilen versagte, in welchen aus den Umständen des concreten Falles mit Sicherheit zu folgern war, dass sich ein noch bevorzugterer Erbprätendent melden würde.

32) a. a. O. S. 16.

Je häufiger nun die Fälle wurden, in welchen der Prätor auf Grund eines nicht allen formellen Erfordernissen des Civilrechts entsprechenden Testaments ein auf seine obrigkeitlich rechtsetzende Gewalt gegründetes Erbrecht gab, desto mehr mussten die civilrechtlichen Formalitäten des Mancipationstestaments an Geltung verlieren, desto mehr aber musste dann auch das vom Prätor in seinem ersten Edict angegebene civilrechtliche Erforderniss der durch die 7 Siegel constatirten Aechtheit der Testamentsurkunde als ein selbstständiges, für das prätorische Erbrecht genügendes hervortreten. Wenn nun schon Trebatius Testa, wie Leist selbst einräumt[33]), sogar den Fall einer testirenden, nicht capite diminuirten Frau dem von Gaius in II, 18 (s. Note 21 dieses §.) erwähnten Fall einer ohne tutoris auctoritas testirenden Frau gleichstellt, und den Edictspassus von der bon. poss. sec. tab. bereits so interpretirt, „dass, wenn nur die legale Siegelzahl vorhanden sei, es im Uebrigen auf die Formalitäten des Civilrechts nicht weiter ankomme, also trotz eines Mangels in dieser Hinsicht die ertheilte bon. poss. als ex edicto data anzusehen sei", so muss in der Zeit des Cicero, welcher ad fam. VII, 21 diesen Rechtsfall des P. Silius erwähnt, die Beschränkung der Formalitäten des schriftlichen Mancipationstestaments schon weit vorgeschritten sein.

Als die potestates summae (Hoheitsrechte) und darunter auch die potestas juris civilis interpretandi summa auf den Princeps übertragen wurden (vgl. oben S. 77), musste damit auch jene Herrschaft über die testamentarische Erbfolge, welche bisher der Praetor urbanus ausgeübt hatte, an den Princeps übergehen. Darum kann Valerius Maximus VII, 7, §§. 3. 4 schon von Kaiser Augustus berichten:

C. autem Tettium infantem a patre exheredatum, Petronia matre, quam Tettius, quoad vixit, in matrimonio habuerat, natum, Divus Augustus in bona paterna ire decreto suo jussit; — Septicia, mater Trachalorum Ariminensium, filiis irata, in contumeliam eorum, cum jam parere non posset, Publicio seni admodum nupsit, testamento etiam utroque praeterito. A quibus aditus Divus Augustus et nuptias mulieris et suprema judicia improbavit. Nam hereditatem maternam filios habere jussit, —.

Weil nun die Beherrschung der testamentarischen Erbfolge vom Praetor urbanus an den Princeps übergegangen, und in dieser Zeit die Reform des Erbrechts wohl schon auch correctorisch durch-

33) a. a. O. S. 467 Note 90.

geführt war, so musste auch die Forderung der Vorlegung der Testamentsurkunde aus dem Edicte entfernt und durch die Forderung des exstare tabulas testamenti ersetzt werden.

Was nun die weitere Frage anlangt, ob der Prätor mit der Begründung der Bon. Poss. sofort auch für die Cognaten die prätorische Intestaterbfolge eingeführt habe, so muss ich mich darum dafür entscheiden, weil wegen der Erschütterung der civilen Intestat-Erbfolge hier eine Abhilfe dringend geboten war, der Praetor urbanus also unmöglich die ihm verliehene potestas juris civilis supplendi nur hier unverwerthet ruhen lassen konnte. Ich zweifle also nicht, dass der Prätor in Ermanglung civiler Erben den liberi emancipati, den agnati capite diminuti u. s. w. die Bon. Poss. schon bei der Einführung dieses Instituts versprochen hatte. Wenn also Cicero pro Cluentio c. 60 sagt: (C. Vibium Capacem) intestatum dico mortuum, possessionem ejus bonorum praetoris edicto huic illius sororis filio — — datam Numerio Cluentio, — so kann ich die Worte: praetoris edicto, nicht mit Leist [34]) dahin auslegen, dass darunter nicht ein specielles Edict, in welchem nebst anderen Cognaten auch der Schwestersohn zur prätorischen Intestaterbfolge berufen war, sondern die von ihm auf Grund von Cicero orat. part. §. 98 angenommene clausula generalis zu verstehen sei. Dass aber die Worte dieser Stelle: cum hereditatis sine lege aut sine testamento petitur possessio, von Cicero nicht aus einer clausula generalis des Edictes entlehnt sein können, dafür scheint mir auch die nachlässige Ausdrucksweise Cicero's zu sprechen, weil hier die civile Intestaterbfolge der civilen testamentarischen Erbfolge vorangestellt wird, diese Stelle also einen richtigen Sinn nur durch eine Ergänzung erhalten kann: „wenn die hereditatis possessio in Fällen erbeten wird, in welchen weder die civile Intestat- noch die ihr vorangehende civile testamentarische Erbfolge Platz greift", also wenn die prätorische Intestaterbfolge eintreten soll.

Wie nun der Praetor urbanus kraft seiner potestas juris supplendi sofort eine nur auf seine obrigkeitlich rechtsetzende Gewalt gegründete Universalerbfolge geben konnte, so konnte er kraft derselben Gewalt auch sofort eine Klage zur Geltendmachung der von ihm gegebenen Erbfolge proponiren. Eine ausdrückliche Bestätigung dieser Folgerung enthält die mehrmals erwähnte und bald weitläufig zu erörternde Stelle bei Cicero in Verr. II, lib. 1 §§. 114. 115 (abgedruckt in der Note 4 dieses §.), wo Cicero die Sponsionsklage

34) a. a. O. S. 69.

des Testamentserben für so alt erklärt als das prätorische Recht und die prätorische Erbfolge selbst.

Ich habe nun schon oben (S. 183, 197 fg.) dargethan, dass das civile Erbrecht in der Form der legis actio in rem per sacram. oder der hereditatis vindicatio, das prätorische aber in der Form der legis actio in rem per sponsionem et sacram. geltend zu machen war. Weil nun die letztere legis actio in rem den Vindicationsact nicht mehr enthielt, sondern nur eine petitio darstellte (vgl. oben S. 328), so hiess sie auch hereditatis petitio. Den Beisatz „possessoria" kann die Erbrechtsklage des prätorischen Erben erst in der Zeit erhalten haben, als man anfing auch die Erbrechtsklage des civilen Erben nicht mehr nur hereditatis vindicatio, sondern ebenfalls hereditatis petitio zu nennen, also eine Unterscheidung dieser Klagen nothwendig geworden war. Da nämlich die republicanische Gerichtsverfassung bis zu den leges Juliae fortbestand, und die formula petitoria als ein neues judicium legitimum erst durch diese Gesetze an die Stelle der alten legis actio in rem per sacram. gesetzt wurde (vgl. oben S. 349), diese formula aber den Vindicationsact ebenfalls nicht mehr enthielt, so glichen sich jetzt in dieser Beziehung die hereditatis vindicatio und petitio völlig aus, wesshalb nun für hereditatis vindicatio auch heredit. petitio gesagt werden konnte. Bis zu den leges Juliae war also unter der hereditatis vindicatio nur die Erbrechtsklage des civilen, unter der hereditatis petitio nur die des prätorischen Erben zu verstehen.

Unter den Rechtsmitteln des Bonorum Possessor führt Leist (S. 559) vor dem interdictum „Quorum bonorum", der actio familiae erciscundae, dem interdictum „Quod legatorum", der actio furti und ad exhibendum die actiones fictitiae an, welche er aus der nach seiner Annahme im zweiten Edict enthaltenen Fiction des Bonorum Possessor als heres ableitet. Allein hätte der Praetor urbanus den Bonorum Possessor wirklich als heres fingirt, so hätte er ihn damit zum civilen Erben gemacht, welchem dann als solchem die actiones directae zustanden. Dazu kommt, dass die formula der actio fictitia die formula der actio directa voraussetzt, die formula der actio directa aber in dieser Zeit noch nicht existirte, wofür ich auf das oben (S. 358) über die formula petitoria und die Fiction Gesagte, sowie auf die Formeln der actiones fictitiae bei Gaius IV, 34 und Rudorff, Edict. perpet. p. 141 zu verweisen habe. Der Praetor urbanus war vielmehr auch hier auf die sponsiones praejudiciales der actiones in personam und in rem angewiesen, vermochte jedoch auch durch diese dem Bon. Possessor ganz ausreichende

Rechtsmittel zu gewähren, wenn er Ansprüche ex titulo singulari zu verfolgen hatte.

Es gab also schon in Folge der gleichzeitig eingeführten bonorum possessiones juris civilis supplendi causa und juris civilis confirmandi gratia vier Arten der Erbfolge, welche sich hinsichtlich der Wirksamkeit gegeneinander niedersteigend so abstuften: 1) die civile testamentarische, 2) die civile Intestaterbfolge, 3) die prätorisch-testamentarische, 4) die prätorische Intestaterbfolge.

Prüfung der Ansichten über die zur Geltendmachung des Erbrechts dienende Sponsionsklage und nähere Bestimmung der vom Praetor urbanus neben der zweiten Hauptart der vierten pontif. actio generalis zur Verfolgung und Vertheidigung auch des prätorischen Erbrechts eingeführten legis actiones in rem.

§. 67. Wie der prätorische Intestaterbe bei der Geltendmachung seines Erbrechts lediglich an die legis actio in rem per spons. et sacram. angewiesen war (vgl. oben S. 183 fg., 198 fg.), so konnte auch der prätorische Testamentserbe sich nur der nämlichen hereditatis petitio, nicht aber auch der hereditatis vindicatio bedienen. Diesen Gegensatz der hereditatis vindicatio des civilen Testamentserben zur hereditatis petitio des prätorischen Testamentserben meint nun Cicero, wenn er in Verr. II. lib. 1. §. 115 der hereditatis vindicatio die Sponsionsklage so gegenüberstellt:

> Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non exstaret, lege ageret in hereditatem, aut pro praede litis vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret, ita de hereditate certaret.

Ich habe nun vorerst meine Auslegung dieser Stelle weitläufiger zu rechtfertigen und dann die abweichenden Ansichten zu berücksichtigen.

Die auf den Erbrechtsfall der gens Minucia und das Verfahren des Verres sich beziehenden Stellen bei Cicero in Verr. II, lib. 1. §. 114—118 sind in ihrem Zusammenhange schon oben in der Note 4 des vorigen §. vollständig mitgetheilt. Auf Grund dieser Stellen und der Stelle bei Cicero in Verr. II, lib. 3. §. 16 [1]) hat jetzt

---

1) Scio te Romae, cum praetor esses, edicto tuo possessiones hereditatum a liberis ad alienos, a primis heredibus ad secundos (von der Tochter des P. Annius Asellus an den heres secundus L. Annius, in Verr. II. lib. 1. §§. 104—114), a legibus ad libidinem tuam transtulisse (von der gens Minucia an einen angeblichen Testamentserben), Scio te edicta superiorum omnium cor-

Leist [2]) gezeigt, dass Verres nicht, wie bisher angenommen wurde, im zweiten Edict an die Stelle des den civilen Intestaterben zur Bon. Poss. berufenden Passus die Worte: ei possessionem dabo, qui se heredem esse dicet, sondern dass er zwischen das erste und zweite Edict ein neues eingeschoben, das ganze Verrinische Edict aber so gelautet habe:

1) Si de hereditate ambigetur, et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulae testamenti potissimum possessionem dabo.
2) Si tabulae testamenti non proferentur, secundum eum dabo possessionem, qui dicet testamentum factum (oder se testamento heredem) esse [2a]).
3) Si nulla ex testamento petetur possessio, tum uti quemque potissimum heredem esse oporteret, si is intestatus mortuus esset, ita secundum eum possessionem dabo.

Das erste translaticische Edict hatte also Verres nicht geändert. Nun habe ich soeben den Beweis geführt, dass unter den „tabulae testamenti“ dieses Edictes nicht ausschliesslich ein civilrechtlich, sondern auch ein prätorisch wirksames schriftliches Mancipationstestament zu verstehen ist. Weil aber in dem in Rede stehenden Falle ein civilrechtlich, oder ein prätorisch wirksames Testament nicht, oder nicht mehr vorhanden war, also ein wirksames Testament überhaupt nicht vorgelegt werden konnte, so hätte auf Grund des zweiten translaticischen Edictes die Bon. Poss. die gens Minucia erhalten müssen. Allein weil auf Grund des Zusatzes, welchen Verres zwischen das erste und zweite translaticische Edict einschob, auch derjenige die Bon. Poss. erbitten konnte, welcher nur die Errichtung eines ihn zur Erbfolge berufenden Testaments behauptete, und weil im gegebenen Falle ein solcher Erbprätendent auch wirklich auftrat, so hätte die gens Minucia die Bon. Poss. erst auf Grund des dritten Verrinischen Edictes, also nur vergeblich, erbitten können. Nach dem translaticischen Edict hätte nun dieser angebliche Testamentserbe gegen die civilen Intestaterben als Kläger auftreten müssen: nach dem Verrinischen Edict erhielt er als Bonorum Possessor die vortheilhafte Stellung

---

rexisse, et possessiones hereditatum non secundum eos, qui proferrent, sed secundum eos, qui dicerent testamentum factum, dedisse; easque res novas abs te prolatas et inventas magno tibi quaestui fuisse scio.

2) a. a. O. S. 57 fg.

2a) Vgl. auch Krüger, Kritische Versuche S. 21 fg.

des Beklagten. Wenn nun Cicero im §. 115 sagt: si testamento se heredem esse arbitraretur, so kann er unter „testamento“ weder ausschliesslich nur das civilrechtlich-, noch ausschliesslich nur das prätorisch wirksame Testament verstehen, und wenn er da dem Testamentserben entweder die hereditatis vindicatio, oder die Sponsionsklage als zuständig erklärt, so kann er die hereditatis vindicatio nur dem civilen, die Sponsionsklage nur dem prätorischen Testamentserben zu schreiben.

Cicero spricht hier zuerst von lege in hereditatem agere, und versteht darunter zweifellos die hereditatis vindicatio[3]), dann von sponsionem facere, ita de hereditate certare, er hat also im zweiten Theile dieses Satzes den zutreffenden Ausdruck lege de hereditate agere, oder lege hereditatem petere ebenso nur dem Wohlklang der Rede geopfert, wie er im Brutus 30, 113. 114 die sachlich und juristisch ausgezeichnete, aber jede falsche Künstelei verschmähende Beredsamkeit des Juristen Rutilius nicht billigt. Weil aber die herrschende Auslegung dieser Stelle das von Cicero gebrauchte aut im Sinne von vel auffasst, so darf hier auch die Bemerkung nicht unterdrückt werden, dass mit aut eine Verschiedenheit der Sache, mit vel nur die Verschiedenheit des Ausdrucks bezeichnet wird, und dass diese in der mustergiltigen Prosa feststehende Unterscheidung gerade auf Grund der Schriften Cicero's constatirt und in die Lateinischen Grammatiken aufgenommen wurde[4]). Meine Behauptung, dass die hereditatis vindicatio und hereditatis petitio vor den leges Juliae einander entgegengesetzt wurden, wird also auch durch den Wortlaut dieser Stelle gerechtfertigt.

Unter der hereditatis vindicatio ist hier die vom Prätor reformirte, d. h. die mit dem Vor-Act des ex jure manum consertum vocare versehene legis actio in rem per sacram. als actio duplex zu verstehen[5]). Der ganze Nachlass wurde also unter Beiziehung von Zeugen in Augenschein genommen, wahrscheinlich auch aufgezeichnet, dann gerichtlich durch die nämlichen Zeugen constatirt und hierauf wurde vorerst die oben (S. 253 fg.) dargelegte vocatio ad vindicationem vorgenommen, und dann an dem vor Gericht gebrachten Nachlassobjecte oder einem Theile desselben die Vindication selbst vollzogen. Dabei ist noch zu bemerken, dass, weil bei dieser legis actio die Besitzregulirung noch immer der Prätor persönlich vorzunehmen hatte, er den Besitz der Erbschaft stets nur dem Bon. Pos-

3) Vgl. Cicero de orat. I. c. 38, §. 175.
4) Z. B. Lat. Gramm. von C. G. Zumpt, §. 336. 10. Aufl.
5) Vgl. Gaius IV, 17.

sessor geben konnte, wenn er bereit war dem Gegner praedes litis et vindiciarum zu stellen. Bei der hereditatis petitio gab es eine solche nachfolgende Besitzregulirung nicht, sondern der Bon. Poss. musste, wenn er sich in der vortheilhaften Lage eines Beklagten behaupten wollte, noch vor der provocatio sponsione ad judicium dem Kläger die stipulatio pro praede litis et vindiciarum leisten. Auf die Sicherstellung der poena sacramenti bei beiden Klagen werde ich unten zurückkommen.

Im Vergleiche mit der hereditatis petitio als einer actio simplex gewährte die legis actio in rem per sacram. als actio duplex eine völlige Gleichstellung der Parteien bezüglich der Beweislast, wesshalb bei ihr stets auch der Beklagte seine positive Rechtsbehauptung zu beweisen, die Geschwornen aber die Beweisresultate beider Parteien gegen einander abzuwägen, und das civile Erbrecht stets jener Partei anzuerkennen hatten, deren Beweisresultat das grössere Gewicht hatte.

Die Sponsionsklage, von welcher Cicero hier spricht, ist die legis actio in rem per spons. et sacram., oder die prätorische hereditatis petitio, welche ich schon oben angegeben habe, und bald näher zu bestimmen haben werde.

Indem ich nun auf die Prüfung der abweichenden Ansichten übergehe, habe ich zunächst zu constatiren, dass die herrschende Lehre

1) unter dem im §. 115 erwähnten Testamente ausschliesslich nur das civilrechtlich giltige versteht, und somit dem civilen Testamentserben zwischen der hereditatis vindicatio und petitio die freie Wahl überlässt;
2) dass sie diese Klagen überhaupt nicht unterscheidet; und
3) dass sie unter der von Cicero im §. 115 erwähnten Sponsionsklage nicht die angegebene legis actio, sondern die actio in rem per sponsionem et formulam versteht, und somit die von Cicero erwähnte Sponsionsklage nicht den Centumvirn, sondern dem judex unus zuweist [5a]).

Ich habe nun vorerst zu zeigen, dass dem civilen Intestaterben gegenüber weder der civile, noch der prätorische Testamentserbe die freie Wahl der Klage hatte, wobei jedoch für den Kläger die rechtliche Möglichkeit nicht bestritten wird, mit freier Einwilligung des Beklagten auch einen civilen Anspruch in der

---

5a) z. vgl. Leist, Bonorum Possessio, I, S. 145, und Pandekten-Commenar I, S. 122; Keller, Civilpr. S. 100; Römer, Münchner Krit. Ueberschau, I. Bd. S. 272; Bethmann-Hollweg auch noch im Civilpr. II, S. 234 u. A.

Form der legis actio in rem per sponsionem et sacram. zur Entscheidung zu bringen.

Wenn der Testamentserbe auf Grund eines civilrechtlich giltigen Testamentes gegen den gesetzlichen Intestaterben klagend auftrat, so war jener Conflict des Civilrechts mit dem prätorischen Rechte gar nicht vorhanden, welcher die Intervention des Prätors zur Durchsetzung des prätorischen Rechtes nöthig machte, wesshalb in diesem Falle der Prätor die ihm durch die lex Silia ertheilte Macht, die Sponsio auch zwangsweise in Anwendung zu bringen, gar nicht ausüben durfte, ohne die Intercession jeder par majorve potestas herauszufordern. In diesem Falle konnte also der Prätor den Beklagten gar nicht zwingen, die klägerische provocatio sponsione anzunehmen. Ja noch mehr; hätte der Prätor in diesem Falle den Parteien die hereditatis vindicatio verweigert, und sie sogar zur actio in rem per sponsionem et formulam gezwungen, so hätte er ebenso das Interesse des Klägers als des Beklagten beeinträchtigt und beiden Parteien jene grossen Vortheile entzogen, welche ihnen die hereditatis vindicatio gewährte. Hätte also der Kläger wirklich eine solche freie Wahl der Klage gehabt, so hätte er diese nicht ausüben können, ohne sich selbst der verfassungsmässigen Eigenrechte zu berauben, und sein eigenes Interesse zu gefährden. Wie es aber mit der Sicherheit der vom Prätor gewährten, und somit von seiner Bewilligung und Versagung abhängigen Rechte bestellt war, dafür gibt das oben angegebene Verfahren des Verres einen handgreiflichen Beleg, welcher kraft seiner potestas edicendi summa nicht nur das interdictum translaticium änderte, sondern seinem Edicte sogar eine solche Fassung gab, dass von ihm auch derjenige die hereditatis possessio verlangen konnte, welcher weder Intestaterbe war, noch ein auch nur prätorisch giltiges Testament vorzuweisen vermochte. Die Sicherheit des prätorischen Rechtes war also von der rechtlichen Gesinnung der übrigen Träger des Imperiums abhängig, da Verres gewiss nicht der erste und letzte Praetor urbanus war, welcher die Rechtspflege im eigenen Interesse ausbeutete. Es muss vielmehr schon viel, sehr viel gesündigt worden sein, bis sich Verres so viel erlauben zu dürfen glaubte als ihm Cicero zuschreibt[6]).

---

6) c. 46. §. 119: Itaque L. Piso multos codices implevit earum rerum, in quibus ita intercessit, quod iste aliter, atque ut edixerat, decrevisset. Quod vos oblitos esse non arbitror, quae multitudo, qui ordo ad Pisonis sellam isto praetore solitus sit convenire, quem iste collegam nisi habuisset, lapidibus coopertus esset in foro.

Es fragt sich weiter, ob der prätorische Testamentserbe zwischen der hereditatis vindicatio und der Sponsionsklage die Wahl hatte.

Weil ein Testament, welches nicht allen Erfordernissen des Civilrechts entsprach, gesetzlich keine Geltung hatte, so konnte ein solches Testament dem eingesetzten Erben auch kein civiles oder gesetzliches, sondern nur ein prätorisches Erbrecht geben. Nun aber war das civile oder gesetzliche Erbrecht allein quiritisch und somit allein der Vindication fähig, der prätorische Testamentserbe konnte also weder sein Erbrecht als ein quiritisches bezeichnen (vgl. Gaius IV, 36), noch den Vindicationsact des vindictam imponere vornehmen, also seinen Anspruch in der Form der legis actio in rem per sacram nicht verfolgen. Weit entfernt zwischen der Vindication und der Sponsionsklage die freie Wahl zu haben, war der prätor. Testamentserbe vielmehr lediglich auf die letztere angewiesen. Wenn nun der prätorische Testamentserbe gegen den gesetzlichen Intestaterben seinen Anspruch geltend machte, so gerieth das prätorische Erbrecht mit dem civilen in Conflict, welcher beseitigt werden musste, wenn das prätor. Erbrecht überhaupt auch in der Form eines judicium legitimum zur Geltung gebracht werden sollte. Wie nun der Prätor kraft der lex Silia den quiritischen Eigenthümer, welcher als Beklagter einem prätorischen Eigenthümer gegenüber stand, zwang, die Vertheidigung in der Form der actio duplex oder der rei vindicatio fallen zu lassen, und die klägerische provocatio sponsione anzunehmen, so zwang er auch den gesetzlichen Intestaterben, welcher als Beklagter dem prätorischen Testamentserben gegenüber stand, die Vertheidigung in der Form der actio duplex oder der hereditatis vindicatio fallen zu lassen, und die kläg. provocatio sponsione anzunehmen. Auf diesen Zwang eben beziehen sich die von Cicero aus dem Edicte des Verres citirten Worte: Si possessor sponsionem non faciet, an welchen Cicero nur die Wahl des Ausdrucks „possessor“ für „is, qui ex edicto possidebit“ tadelt. Derselbe Zwang musste aber auch Statt finden, wenn ein gesetzlicher Intestaterbe gegen einen prätorischen Testamentserben auftrat, weil auch in diesem Falle ein Conflict des civilen Erbrechts mit dem prätorischen vorlag, und letzteres nur in der Form der Sponsionsklage vertheidigt werden konnte.

Ich gelange zum zweiten Differenzpunkte in der Auslegung der in Rede stehenden Stelle Cicero's, nämlich, dass die herrschende Lehre die hereditatis vindicatio von der hereditatis petitio nicht unterscheidet.

Keller behauptet [7]), dass das in rem agere per sponsionem an die Stelle des sacramentum getreten, und dass dies für die rei vindicatio und die noch darin begriffene hereditatis petitio mit Hülfe sicherer Zeugnisse festgestellt sei. Ich bestreite nicht, dass die Pandekten-Juristen die vindicatio von der petitio nicht mehr unterscheiden, und vindicare auch von der Verfolgung eines absoluten Rechtes überhaupt gebrauchen, mag dieses auch ein prätorisches sein. Sie konnten dieses thun, weil keine zur Verfolgung eines absoluten Rechtes dienende Klage des durch die leges Juliae begründeten neuen Ordinarprocesses einen Vindications-Act mehr hatte, jede Vindication des Formularprocesses also thatsächlich eine petitio war, und der Ausdruck vindicare in diesem Processe ebenso wenig mehr passte, als die Bezeichnung „condicere". Allein daraus darf nicht gefolgert werden, dass das vindicare und petere auch ursprünglich identisch war und dass somit die petitio aus der vindicatio sich entwickelt habe und später an ihre Stelle getreten sei. Ich brauche hier nur mehr an meine oben (S. 354) gemachte Bemerkung zu erinnern, dass der Prätor in jenem Edicte, durch welches das prätorische Eigenthum begründet wurde, sich nicht des Ausdrucks vindicare, sondern des der zur Verfolgung des prätorischen Eigenthums eingeführten Klage ganz entsprechenden Ausdrucks „petere" bedient, und dass nach Cicero in Verrem II. lib. I. c. 44. §. 113 auch Verres nicht edicirt hatte: nec vindicationem, nec possessionem, sondern nec petitionem nec possessionem (hereditatis) dabo. Weil nun mit der vindicatio nur solche absolute Ansprüche verfolgt werden konnten, welche vom Civilrecht anerkannt, also quiritisch waren, so lässt sich die Behauptung, dass die petitio aus der vindicatio hervorgegangen und später an ihre Stelle getreten sei, ebenso wenig rechtfertigen, als wenn Jemand behaupten würde, dass das prätorische Eigenthum und Erbrecht aus dem civilen hervorgegangen und später an seine Stelle getreten sei.

Der letzte Differenzpunct bezieht sich auf die Frage, ob die von Cicero erwähnte Klage wirklich die actio in rem per sponsionem et formulam sei, welche Gaius in IV, 91. 93 berührt.

In dieser Frage sind jedoch die Meinungen auch jetzt getheilt, indem Keller (a. a. O.), Rudorff [8]), Römer (a. a. O.) und Bethmann-Hollweg (a. a. O.) für die actio in rem per spons. et formulam; Stintzing [9]) und mit ihm Huschke [10]), Rein [11]), Dern-

7) Civilpr. S. 100, unter Berufung auf Gaius IV, 91. 93; Cicero in Verrem II. lib. I, c. 45; Vatic. fragm. 336. — 8) RG. II, S. 134.

9) Verhältniss der legis actio in rem per sacram. zum Verfahren durch die Sponsio praejud. S. 60. — 10) Gaius S. 189, Note 196.

11) Pr. R. S. 897, Note 1. —

burg[12]) und jetzt auch Bekker[13]) sich für die legis actio in rem per sponsionem et sacram. entscheiden. Ich brauche wohl nicht zu sagen, dass ich Stintzing beistimmen muss, dass ich aber der Art seiner Beweisführung nicht überall folgen kann.

Gegen die actio in rem per spons. et formulam sprechen sehr gewichtige äussere und innere Gründe.

Zu den äusseren zähle ich den Umstand, dass Cicero selbst die von ihm erwähnte Sponsionsklage in die Zeit der Begründung des prätorischen Rechtes setzt, und wegen des jedem gebildeten Römer bekannten Verhältnisses der sponsio praejud. zum prätorischen Recht auch nur in diese Zeit setzen konnte, der Process des Edictes aber nicht in der Zeit der lex Hortensia, sondern erst im Zeitalter Cicero's, und auch in dieser Zeit nur für jene causae eine ausgedehntere Anwendung fand, welche nicht, wie die Erbschafts-Streitigkeiten, vor die Centumvirn gehörten. Auch konnte Cicero, welcher diese Processe in der Schrift de orat. I. c. 38[14]) zu den causae centumvirales zählt, in der Rede gegen Verres nicht die actio in rem per sponsionem et formulam der legis actio in rem per sacramentum entgegengesetzt haben.

Noch entschiedener sprechen aber innere Gründe gegen die actio in rem per sponsionem et formulam.

Keller bemerkt gegen Stintzing, dass die stipulatio pro praede litis et vindiciarum doch dem praedes dare litis et vindiciarum nachgebildet sei, es müsse also auch das in rem agere per sponsionem, welches Gaius in IV, 91. 93 und Cicero (a. a. O.) erwähnen, als eine Nachbildung der legis actio in rem per sacram. oder der Vindication betrachtet werden. Allein diese Einwendung trifft mich nicht, einmal darum, weil ich die stipulatio pro praede litis et vindiciarum auch für die legis actio in rem per sponsionem annehmen musste (vgl. oben S. 358), dann aber auch darum, weil ich die Unmöglichkeit der Entwicklung der Sponsionsklage aus der Vindication bereits nachgewiesen zu haben glaube. Wenn nun Keller den Anschluss der legis actio an den Sponsions-Act negirt, den der edictalen Formel aber zugibt, so liegt der Grund auch dieser seiner Anschauung nur darin, dass er die provocatio mit dem sacramentum in eine untrennbare Verbindung setzt, das provocare sacramento als ein provocare ad sacramentum auffasst, und dadurch sich die

12) Heidelb. Krit. Ztschr. I. Bd. S. 544.

13) Aktionen, I. S. 212, 258 Note 13.

14) Jactare se in causis centumviralibus, in quibus — testamentorum ruptorum aut ratorum — jura versentur.

Möglichkeit benimmt, in dem Acte der acceptio provocationis den Abschluss jenes processualischen Contractes wiederzuerkennen, auf welchem das judicium legitimum im Sinne der republ. Gerichtsverfassung beruhte, und welcher nicht bloss das Fundament das judicium privatum, sondern wohl auch den eigentlichen Grund der Klagen-Consumption und der rechtbildenden Kraft des Urtheils enthielt. Hätte Keller die Natur dieses Fundaments des alten judicium legitimum nicht verkannt, so würde er als Verfasser der grundlegenden Schrift über Litiscontestation und Urtheil es als viel selbstverständlicher angesehen haben, dass sich an den Sponsions-Act die legis actio in rem per spons. et sacram., welche diesen wichtigen Act noch enthielt, anschloss, als die actio in rem per spons. et formulam, welche den Contract, oder die acceptio judicii zwar wohl noch voraussetzt, ihn aber in der formula formell nicht mehr zur Erscheinung bringt. An die von Gaius in IV, 93 angegebene Sponsio kann sich nur folgende formula angeschlossen haben:

> Titius judex esto. Si paret Nm. Nm. Ao. Ao. sestertios XXV nummos dare oportere, judex Nm. Nm. Ao. Ao. sestertios XXV nummos condemnato, s. n. p. a.

Ehe aber der Prätor diese formula an den Sponsions-Act anschliessen konnte, muss sich an diesen Act jene legis actio in personam angeschlossen haben, deren Stelle die angeführte formula vertreten hatte, nämlich:

A^s. Aio te mihi sestertios — nummos dare oportere.
N^s. Nego me tibi sestertios — nummos dare oportere.
A^s. Quando injuria negas, ego te — sacramento provoco.
N^s. Quando injuria ais, etiam ego te — sacramento provoco.

Ich habe schon oben dargelegt, dass die wirkliche Function dieser legis actio sich auf die vertragsmässige acceptio judicii und die poena sacramenti beschränkte, ihre übrigen Functionen aber Schein-Functionen waren, weil diese legis actio nur mehr auf eine Geldscheinleistung gerichtet war. Die von Gaius in IV, 93 erwähnte actio war also gerade aus jener legis actio hervorgegangen, welche Keller bestreitet, Gaius aber in IV, 95 in unverkennbarer Weise andeutet. Wenn er nämlich sagt: ceterum si apud centumviros agitur, s u m m a m   s p o n s i o n i s   n o n   p e r   f o r m u l a m   p e t i m u s,   s e d   p e r   l e g i s   a c t i o n e m;   s a c r a m e n t o   e n i m   r e u m   p r o v o c a m u s, so ist hier der Gegensatz des agere per formulam und des agere per legis actionem deutlich ausgesprochen, und wenn ausserdem noch ausdrücklich hervorgehoben wird, dass die **summa** sponsionis durch die legis actio per sacramentum eingeklagt wird, so ist damit wieder deutlich jene actio angegeben, welche ich bisher mit Beziehung

auf den die actio in rem enthaltenden Sponsions-Act als legis actio in rem per sponsionem et sacramentum bezeichnet habe. Wenn es nun noch zu Gaius Zeiten eine legis actio in rem per spons. et sacram. gab, so muss diese vor den leges Juliae, welche den Process des Grundgesetzes so sehr beschränkt hatten, desto gewisser vorhanden gewesen sein; und wenn der Erbschaftsstreit noch nach den leges Juliae unter bestimmten Voraussetzungen eine causa centumviralis war, mochte es sich um civiles oder prätorisches Erbrecht handeln, so kann die legis actio in rem per spons. et sacram. als Klage zur Geltendmachung des prätorischen Erbrechts desto weniger vor den leges Juliae bestritten werden [15]).

Cicero in Verrem II. lib. I. c. 45 §. 115 ist also so zu interpretiren:

Dem Testamentserben liegt die Alternative vor (aut), entweder die pontificische, vom Prätor wieder für alle Fälle brauchbar gemachte legis actio in rem per sacramentum, oder die prätorische legis actio in rem per spons. et sacram. anzustellen, je nachdem er seinen Erbanspruch auf ein civilrechtlich giltiges, oder nur auf ein prätorisch wirksames Testament stützt.

Ich habe nun die legis actiones in rem per spons. et sacram. näher zu bestimmen, welche der Praetor urbanus zur Verfolgung und Vertheidigung auch des von ihm geschaffenen Erbrechts neben der zweiten Hauptart der vierten pontif. actio gen. eingeführt hatte; da jedoch die dingliche actio in der sponsio praejudicialis enthalten war, so habe ich hier nur mehr die verschiedenen Fassungen der sponsio praejud. darzulegen. Ich wähle dafür die der Zeit der Republik angehörenden Processfälle, welche Cicero und Valerius Maximus erhalten haben.

Durch das Edict: Tum quem ex familia patroni [16]), hatte der Prätor die Agnaten des Patrons, denen als solchen kein civiles Intestaterbrecht zustand, in der vierten Klasse zur Intestaterbfolge in die hereditas des libertus berufen, und dadurch die civile Intestaterbfolge ergänzt, den Agnaten des Patrons also die prätorische Intestaterbfolge nur für den Fall ertheilt, dass kein civiler Intestaterbe vorhanden wäre. Auf Grund dieses Edictes nahmen nun die plebeischen Claudii Marcelli die hereditas des kinderlos und ohne Testament verstorbenen Sohnes ihres libertus in Anspruch, wäh-

15) z. vgl. L. 12. C. de heredit. petit. 3, 31; Sueton. Vespasian. c. 10; Rudorff (Edictum perpet. p. 70) stellt die legis actio in rem per spons. et sacram. lediglich als civile Erbrechtsklage dar.

16) z. s. Rudorff Edict. perpet. pag. 151.

rend die patricischen Claudii diese hereditas als civile Intestaterben jure gentilitatis beanspruchten. In diesem von Cicero de orat. I. 39. §. 179 berührten schon oben (S. 198 fg.) erörterten Processe lag also ein Conflict des prätorischen und civilen Intestaterbrechts vor, welcher nur in der Form der legis actio in rem per spons. et sacram. entschieden werden konnte. Traten nun die plebeischen Claudier als Kläger auf, so stand ihrem prätorischen Erbrechtsanspruch der civile Anspruch der patricischen Claudier als Exceptio entgegen, weil der Prätor mit seinem Edicte das civile Intestaterbrecht der Gentilen nicht corrigirt hatte, also den patricischen Claudiern die Exceptio des civilen Erbrechts bewilligen musste. Es standen sich also auch in diesem Falle die Rechtsbehauptungen der Parteien in der dinglichen Klage wie bei der Vindication gegenüber, wesshalb in diesem Falle die sponsio praejud. so gefasst werden musste:

Claudii Marcelli: Si hereditas, q. d. a., ex edicto — Praetoris nostra est, ni ea hereditas ex jure Quiritium vestra est, spondetisne ob eam rem nobis sestertios CXXV nummos dare?

Claudii: Spondemus.

Weil der Prätor mit dem Edicte, nach welchem die plebeischen Claudier diese hereditas beanspruchten, das civile Intestaterbrecht nicht corrigirt, sondern nur ergänzt hatte, so konnten die Geschwornen das prätorische Erbrecht der plebeischen Claudier nur dann als vorhanden anerkennen, wenn diese den Beweis erbrachten, nicht nur dass ihr prätorisches Intestaterbrecht im concreten Falle begründet sei, sondern auch dass das civile Erbrecht ihrer Gegner nicht existire. Ihr Anwalt hatte also wirklich, wie Cicero sagt, de toto stirpis et gentilitatis jure zu sprechen. Dagegen hatte der Anwalt der patricischen Claudier nicht bloss das prätorische Erbrecht der Kläger zu bekämpfen, sondern auch das civile Erbrecht seiner Clienten zu erweisen, wesshalb er ebenfalls, wie Cicero sagt, de toto stirpis et gentilitatis jure zu sprechen hatte.

Hatten nun die plebeischen Claudier gesiegt, und den Nachlass des Sohnes des libertus erhalten, so blieben sie doch bis zur Vollendung der Usucapion nur hereditatis possessores, weil die sponsio praejud. zwar die Klagbarkeit ihres Anspruchs durch ein judicium legitimum vermitteln, aber ihr prätorisches Erbrecht nicht in ein civiles verwandeln konnte.

Angenommen nun, dass die plebeischen Claudier die hereditatis possessio erhielten, und die patricischen Claudier als Kläger gegen sie auftraten, dann kehrt sich hier das Verhältniss der Ansprüche

der Parteien in der sponsio praejud. nicht einfach um, sondern der Prätor musste den plebeischen Claudiern die Exceptio des prätorischen Intestaterbrechts versagen, weil er das civile Intestaterbrecht nicht corrigirt, sondern nur in einer bestimmten Richtung ergänzt hatte. Weil nämlich die bon. poss. juris civilis supplendi causa auf der Voraussetzung des Nichtvorhandenseins eines civilen Erben beruht, gegen diesen also auch der Erweis des prätorischen Erbrechts in den Fällen dieser bon. poss. nichts nützt, so ist die Exceptio des prätorischen Erbrechts in den Fällen dieser bon. poss. ganz unzulässig. Die sponsio praejud. konnte also im obigen Falle nur so lauten:

> Si hereditas, q. d. a., ex jure Quiritium nostra est, spondetisne ob eam rem nobis sestertios CXXV nummos dare?

Konnten nun die patricischen Claudier ihr civiles Intestaterbrecht erweisen, so mussten die plebeischen Claudier den Nachlass des libertinus jedenfalls herausgeben, wesshalb in diesem Falle ihre hereditatis possessio ohne Erfolg war (sine re); sie behielten aber diesen Nachlass, wenn die Kläger ihr civiles Intestaterbrecht nicht zu erweisen vermochten. Die Beklagten hatten also hier den Vortheil, dass sie nur den Anspruch der Kläger zu bekämpfen, nicht aber auch ihr prätorisches Intestaterbrecht zu beweisen brauchten. Die Anwälte der Parteien hatten also in diesem Falle nur de toto gentilitatis, nicht aber auch de toto stirpis jure zu sprechen.

Diese beiden Fälle geben nun aber zugleich die Erklärung, warum Verres in dem von Cicero in Verrem II. lib. II. c. 45. §. 115 berichteten Falle bestrebt war, durch Aenderung des Edictum translaticium seinem erkenntlichen Günstling die hereditatis possessio zu geben. Hätte die gens Minucia die hereditas possessio erhalten, und wäre hinterher der Günstling des Verres als prätorischer Testamentserbe mit der legis actio in rem per sponsionem et sacram. klagend aufgetreten, so hätte er nicht bloss die Existenz seines prätorischen Erbrechts, sondern auch die Nichtexistenz des civilen Erbrechts seiner Gegner zu erweisen gehabt. Weil aber Verres die hereditatis possessio seinem Günstling gab, so zwang er die gens Minucia mit der legis actio in rem per spons. et sacrament. klagend aufzutreten, und dem Gegner den Vortheil zu lassen, dass er seinen Anspruch gar nicht zu beweisen, sondern nur den Anspruch der Kläger zu bekämpfen brauchte, also die hereditatis possessio behauptete, wenn die Kläger nur den Beweis ihres civilen Erbrechts nicht zu erbringen vermochten. Weil nun gerade das jus gentilitatis wegen

der Unsicherheit seines Begriffes in concreto schwer zu erweisen war, so ist kein Zweifel, dass die gens Minucia, wenn sie überhaupt noch klagend auftrat, diesen Beweis nicht zu erbringen vermochte, und der Günstling des Verres sich im Besitze der Erbschaft behauptete. Dass aber dieser Günstling des Verres kein civiles, sondern nur ein prätorisches Erbrecht vorgab, das folgt daraus, dass ihm das Vorgeben eines civilen Erbrechts die Erreichung seiner Absicht völlig unmöglich gemacht hätte. Weil nämlich in diesem Falle ein Conflict des civilen Erbrechts mit dem prätorischen gar nicht vorhanden gewesen wäre, so hätte der Prätor keine Macht gehabt, die pontif. actio duplex zu versagen, von der ich schon oben bemerkt habe, dass sie stets auch den Beklagten seinen Anspruch zu beweisen nöthigte, und so den Geschwornen die Möglichkeit bot, die Beweisresultate beider Parteien auf die Wage zu legen, und das civile Erbrecht jener Partei zuzuerkennen, deren Beweisresultat das grössere Gewicht hatte. Weil nun, wie Cicero sagt, in diesem Falle überhaupt kein wirksames Testament, also nicht einmal ein prätorisch wirksames errichtet worden war, so hätte die pontif. actio duplex dem Verres und seinem Günstling augenblicklich die Masken der Redlichkeit vom Gesichte heruntergerissen und sie als Schurken enthüllt.

Ich glaube, dass dieser Fall ganz geeignet ist, den hohen Werth der pontificischen legis actio in rem per sacramentum zu illustriren, und meine oben ausgesprochene Behauptung zu bestätigen, dass ein seines Anspruchs sicherer Kläger gegen sein eigenes Interesse gehandelt hätte, wenn er freiwillig die actio duplex aufgegeben, und zur legis actio in rem per spons. et sacram. gegriffen hätte.

Ein besonderes Interesse bietet auch der von Valerius Maximus im lib. VII. c. 7. §. 2 erzählte Process, in welchem der civile Testamentserbe gegen den prätorischen Notherben die Exceptio des civilen Erbrechts erlangt hatte, gleichwohl aber vor den Centumvirn sachfällig geworden war:

M. Annei Carseolani — filius a Sufenate avunculo suo adoptatus testamentum naturalis patris, quo praeteritus erat, apud centumviros rescidit, cum (= ungeachtet) in eo Tullianus, Pompeii Magni familiaris, ipso quidem Pompeio signatore, heres scriptus esset. Itaque illi in judicio plus cum excellentissimi viri gratia, quam cum patris cineribus (d. h. cum patris testamento) negotii fuit. Ceterum quamvis utraque haec adversus nitebantur, tamen paterna bona obtinuit. Nam Lucius quidem Sextilius et P. Popilius, quos M. Anneus sanguine sibi con-

junctos eadem ex parte, qua Tullianum, heredes fecerat, sacramento cum adolescentulo contendere ausi non sunt, tametsi praecipuis eo tempore Magni viribus ad defendendas tabulas testamenti invitari poterant, et aliquantum (bedeutend) adjuvabat heredes, quod M. Annaeus in Sufenatis familiam ac sacra transierat. Sed arctissimum inter homines procreationis vinculum patris simul voluntatem et principis (d. h. Pompeii Magni) auctoritatem superavit.

Der von seinem mütterlichen Oheim adoptirte, im Testamente seines leiblichen Vaters präterirte M. Anneus hatte kein civiles Notherbenrecht, weil er durch die Adoption von Seite seines Oheims aufgehört hatte, ein filiusfamilias seines leiblichen Vaters zu sein. Er konnte also nur ein prätorisches Notherbenrecht geltend machen. Wenn aber dieses vom Prätor bereits gegeben war, so war dem civilen Testamentserben die Exceptio des civilen Erbrechts vom Prätor darum zu versagen, weil das prätorische Notherbenrecht nicht wie das civile aus der potestas juris civilis interpretandi, sondern aus der potest. jur. civ. corrigendi hervorgegangen war, die Exceptio des civilen Erbrechts also das vom Prätor anerkannte Notherbenrecht wieder illusorisch gemacht hatte. Mochte nun der Prätor in diesem Falle die erwähnte Exceptio nur darum gegeben haben, um die Wirksamkeit seines Edictes ganz von der Rechtsüberzeugung der von der Verfassung berufenen Geschwornen abhängig zu machen, oder mochte er dazu von dem damals allmächtigen Pompeius bewogen worden sein — und dies scheint sich aus dem Berichte des Valerius Maximus zu ergeben, — die Fassung der sponsio praejudicialis gestaltet sich auch in diesem Falle so:

M. Anneus: Si hereditas, q. d. a., ex edicto — Praetoris mea est, ni ea hereditas ex jure Quiritium ex triente tua est, spondesne ob eam rem mihi sestertios CXXV nummos dare?

Tullianus: Spondeo.

Die Existenz des prätorischen Notherbenrechts konnte in diesem Falle nicht bestritten werden, wesshalb der Streit sich auf die Wirksamkeit der Exceptio, also auf die Frage beschränkte, ob ein Testament zu rescindiren sei, in welchem der in Adoption gegebene Sohn von seinem leiblichen Vater präterirt war. Wenn nun der Kläger die Rescission dieses Testamentes, wie Val. Maximus meldet, vor den Centumvirn durchsetzte, so konnte er dies nur dadurch erreicht haben, dass schon vorher in dem von Cicero de orat. I. c. 38. §. 57 und Val. Max. lib. VII. c. 7. §. 1 erzählten Falle ein filiusfamilias mit der legis actio in rem per sacramentum das civile

Testament seines Vaters rescindirt hatte, in welchem er wegen seines fälschlich gemeldeten Todes präterirt war.

Aus den bisherigen Ergebnissen lässt sich nun ein Verständniss auch der Fälle gewinnen, welche Valerius Maximus lib. VII. c. 7 §. 5, und Cicero in Verrem II. lib. I. c. 41—44 und c. 48 erzählen:

Valer. Maximus l. c.: Egregia quoque Gaii Calpurnii Pisonis (cons. 687. a. u.) praetoris urbani constitutio. Cum enim ad eum Terentius ex octo filiis, quos ad adolescentiam perduxerat, ab uno in adoptionem dato exheredatam se querelam detulisset, bonorum adolescentis possessionem ei dedit, heredesque lege passus non est.

Der genannte Prätor gab also dem Terentius ein prätorisches Intestaterbrecht [17]) und machte ihn dadurch zum prätorischen Erben. Es fragt sich nun wie in diesem Falle das prätor. Erbrecht des Terentius geschützt wurde. Der Prätor konnte in diesem Falle den civilen Testamentserben wohl die hereditatis vindicatio, nicht aber die prätorische hereditatis petitio versagen, weil letztere auch dem prätorischen Erben die Vertheidigung seines Erbrechts ermöglichte. Dem civilen Testamentserben stand also in diesem Falle die hereditatis petitio zweifellos zu. Gleichwohl ist die Bemerkung des Val. Maxim. ganz richtig: heredesque lege agere passus non est. Hätten nämlich die civilen Erben in diesem Falle die hereditatis petitio angestellt, so hätte der Prätor dem Beklagten die Exceptio des prätorischen Erbrechts gegeben, weil er durch sein Edict das civile Erbrecht corrigirt hatte, die Wirksamheit dieses Edictes also durch die Exceptio zu schützen und die sponsio praejud. so zu fassen gewesen wäre:

> Si hereditas, q. d. a., ex jure Quiritium nostra est, ni ea hereditas ex edicto — Praetoris tua est, spondesne ob eam rem nobis sestertios CXXV nummos dare?

Weil nun aber die Exceptio in diesem Falle nicht zu entkräften war, so hatten die civilen Erben mit der hereditatis vindicatio wirklich ihr einziges Rechtsmittel, die Erbschaft zu erlangen, verloren, wesshalb ihnen nichts anderes übrig blieb, als jetzt auch die hereditatis petitio fallen zu lassen, und sich das sacramentum zu ersparen. Aus einem nur prätorisch wirksamen Testamente aber hätte der Prätor in diesem Falle die prätorische Erbrechtsklage sofort versagen müssen.

Cicero in Verrem II. lib. I. c. 41—44: Mit Weglassung der

17) Glück-Leist I, S. 73.

weitläufigen, nicht hieher gehörigen oratorischen Schilderungen Cicero's lässt sich dieser Fall in Kürze so zusammenfassen:

Die lex Voconia (v. J. 585 a. u.) hatte verfügt, dass ein zur ersten Censusklasse gehöriger Bürger nur Männer zu Erben ernennen, Frauenspersonen aber, selbst Töchter und Schwestern des Erblassers nicht ausgenommen [18]), höchstens die Hälfte seines Vermögens als Legat zuwenden dürfen sollte [19]). Als Verres eben zum Stadtprätor designirt war (679 a. u.) starb P. Annius Asellus, welcher nicht zur ersten Censusklasse gehörte, mit Hinterlassung eines Testamentes, in welchem seine einzige Tochter als Erbin instituirt, L. Annius als heres secundus aber substituirt war. Um nun dem substituirten Erben die Erbschaft zu verschaffen, erliess Verres nach seinem Amtsantritte ein Edict, welches nach den Angaben Cicero's im c. 41. §. 106; c. 42. §. 108 und c. 44 so lautete:

> Quam virginem mulieremve quis ab A. Postumio, Q. Fulvio censoribus postve ea testamento heredem **fecit** fecerit, ei (hereditatis) nec petitionem nec possessionem dabo.

Durch den Ausdruck „fecit" war diesem Edict eine **rückwirkende** Kraft gegeben, und auch dem Testamente des P. Annius die Wirksamkeit entzogen, wiewohl es vor dem Edicte des Verres errichtet worden war. Mochte nun das Testament des Vaters auch ein civiles gewesen sein, so erhielt die Tochter die hereditatis possessio doch darum nicht, weil diese zu verweigern der Prätor das Recht hatte, wie es Verres auch wirklich that. Die hereditatis possessio erhielt also der heres secundus, wesshalb die Tochter als Klägerin aufzutreten hatte. War nun das Testament des Vaters ein civiles und stellte die Tochter die hereditatis vindicatio an, so musste ihr der Prätor diese Klage versagen, weil sie dem Beklagten die Vertheidigung seines Erbrechts, wodurch er zum heres primus gemacht worden war, unmöglich machte. Die Tochter war also bei der Verfolgung ihres civilen Erbrechts auf die hereditatis petitio angewiesen. Stellte sie nun diese Klage an, so postulirte der Beklagte die Exceptio des prätorischen Erbrechts, die er in diesem Falle impetriren musste („ni ea hereditas ex edicto Verris praetoris tua est"). Weil aber diese Exceptio in diesem Falle nicht zu entkräften war, so hatte die Tochter überhaupt kein Rechtsmittel mehr, um zur Erbschaft zu gelangen.

War hingegen das Testament des Vaters nur ein prätorisch

---

18) Cic. in Verr. II. lib. I. c. 42; Gaius II, 274; Gellius VII. 13; Quintil. Declam. 264.

19) Bachhofen Lex Voconia, §. 14. Basel, 1843.

wirksames, so war die Tochter von vornherein auf die prätorische hereditatis petitio angewiesen, diese aber musste ihr Verres versagen, wenn er nicht seinem Edicte die Geltung selbst entziehen wollte.

Cicero in Verrem II. lib. I. c. 48: C. Sulpicius Olympus fuit. Is mortuus est C. Sacerdote praetore, nescio an antequam Verres praeturam petere coepit. Fecit heredem M. Octavium Ligurem. Ligur hereditatem adiit: possedit Sacerdote praetore sine ulla controversia. Postquam Verres magistratum iniit, ex edicto istius, quod edictum Sacerdos non habuerat, Sulpicii patroni filia sextam partem hereditatis ab Ligure petere coepit. Ligur non aderat. Lucius frater ejus causam agebat: aderant amici, propinqui. Dicebat iste, nisi cum muliere decideretur, in possessionem (scil. hereditatis) se ire jussurum. Im c. 54. §. 143 dieser Rede nennt Cicero das oben erwähnte Edict des Verres über das Pflichttheilsrecht der filia patroni ausdrücklich ein „edictum de hereditate.

Schon vor Verres hatte ein Praetor urbanus das jus civile corrigirt, und dem Patron die hereditatis possessio dimidiae partis gegen den Testamentserben des libertus als Pflichttheil gegeben, also die Hälfte an allen Sachen der Erbschaft und die Hälfte an allen Forderungen und Schulden derselben. Obgleich nun die Voconiana ratio, welche die Erbschaften der Frauen in der oben angegebenen Weise beschränkte, und die weibliche Descendenz des Patrons vom Pflichttheil ausgeschlossen war [20]), so hatte Verres doch auch der Tochter des Patrons den sechsten Theil der Erbschaft als Pflichttheil gegeben. Wiewohl nun Ligur die Erbschaft schon vor dem Edicte des Prätors angetreten hatte, so wurde er doch von der Tochter des Patrons, dessen libertus er beerbt hatte, auf Herausgabe des sechsten Theiles der Erbschaft belangt. Der Tochter stand in diesem Falle nur die legis actio in rem per spons. et sacram. zu; der Beklagte aber hatte in diesem Falle die Exceptio des civilen Erbrechts darum nicht, weil seine Erbenqualität gar nicht in Frage stand und der Prätor eben das jus civile corrigirt hatte; gleichwohl aber hätte die Tochter in diesem Falle vor den Centumvirn sachfällig werden müssen, weil das Edict nicht zurückwirkend gefasst werden durfte, das Edict des Verres also als rechtswidrig angesehen werden musste. Die Gewissheit nun, dass die Tochter des Patrons vor den Centumvirn sachfällig werden würde, und der Umstand, dass der civile Erbe abwesend war, mussten dem Verres

20) Vgl. Adolf Schmidt, Pflichttheilsrecht des Patrons, S. 13.

die Drohung als ein sehr wirksames Mittel empfohlen haben, dass er die Tochter sofort in den Besitz des sechsten Theils der Erbschaft setzen werde, wenn mit ihr kein Vergleich zu Stande käme. Diese Drohung war nun zwar ein Act der Ungerechtigkeit, aber für Verres ein sehr wirksames Mittel, seinen Zweck zu erreichen. Wird nämlich die Tochter des Patrons in den Besitz des sechsten Theils der Erbschaft gesetzt, dann hat der civile Testamentserbe zur Wiedererlangung des ihm entrissenen sechsten Theils der Erbschaft darum nur die prätorische hereditatis petitio, weil ihm die hereditatis vindicatio kraft der lex Silia versagt werden musste. Weil aber der civile Erbe in diesem Falle sicher sein musste, dass Verres ihm auch die postulirte hereditatis petitio versagen würde, so hatte er, wenn Verres seine Drohung zur That werden liess, überhaupt kein vom Prätor unabhängiges Rechtsmittel mehr, den ihm abgenommenen sechsten Theil der Erbschaft zu erlangen.

War hingegen das Testament des libertus nur ein prätorisch wirksames, so war der Testamentserbe von vornherein auf die prätorische hereditatis petitio angewiesen und somit in der Verfolgung seines Rechtes vom Prätor abhängig.

Die sponsio praejud. war also auch im Gebiete des Erbrechts das Organ, durch welches die Klagbarkeit des prätorischen Erbrechts in judiciis legitimis vermittelt wurde, allein weil die Sponsio auch das prätorische Erbrecht nicht in ein civiles verwandeln konnte, so blieb auch der siegende prätorische Erbe bis zur Vollendung der Usucapion nur hereditas possessor. Gegen denjenigen, welcher Objecte des Nachlasses ex titulo singulari besass oder in Anspruch nahm, hatte der prätorische Erbe die Rechtsmittel des prätorischen Eigenthümers.

Ich glaube hiermit, meine oben aufgestellte Behauptung, dass es im reformirten Processe des Grundgesetzes vier genera actionum und, diesen entsprechend, vier genera sponsionum gab, auch durch den Nachweis concreter Fälle hinreichend begründet zu haben: das erste genus diente der Umwandlung des nicht-civilen Anspruchs aus dem formfreien Mutuum: das zweite der Umwandlung der nicht-civilen Ansprüche aus dem Depositum, Pignus, Commodatum und den Consensual-Contracten; diese zwei genera sponsionum unterschieden sich wie die actiones stricti und aequi juris. Das dritte und vierte genus diente nur zur Vermittlung der Klagbarkeit, ohne die nicht-civilen Ansprüche in civile zu verwandeln. Das dritte genus umfasste die Statusklagen, unter welchen die sponsio praejud. in einem Falle der causa liberalis eine solche actio simplex enthielt, dass sie auch die Function einer actio duplex annehmen konnte.

Die sponsiones des vierten genus enthielten durchwegs nur actiones simplices, ohne dass diese jemals die Function der actiones duplices erhielten.

Es gab also einst wirklich soviele genera sponsionum als genera actionum (Gaius IV, 1).

XVI. Capitel.

Die Beseitigung des sacralen Elements des Civilprocesses und die Uebertragung des judicare sacramenta von den Pontifices an die tresviri capitales. Reform der Processstrafen.

§. 68. Die lex Aebutia hatte das Sacralrecht vom Civilrecht getrennt, damit aber auch die Verbindung aufgehoben, welche bis dahin zwischen dem Pontifical-Collegium und den Civilgerichten bestand. Weil nun die Verpflichtung, die poena temere litigantium zu sacriren in der Form des promissorischen Eides eingegangen wurde, die Gerichtsbarkeit in Sachen des Meineides aber noch zu Plautus Zeiten [1]) den Pontifices zustand, so ist kein Zweifel, dass die Entscheidung in allen auf den promissorischen Eid und die Processbussen bezugnehmenden Angelegenheiten dem delegirten Pontifex und jenen seiner Amtsgenossen zukam, welche ihn etwa in diesen Angelegenheiten zu unterstützen hatten.

Die Bedingungen, welche die Formel des promissorischen Eides für die Leistung enthielt, waren durch die Clauseln: „ex animi mei sententia", und „si sciens fallo" angegeben, wenn anders das wahr ist, was Cicero über die aus dem römischen Alterthum überlieferte Eidesformel in Acad. prior. lib. II. c. 47. §. 146 berichtet: Quam rationem majorum etiam comprobat diligentia (Genauigkeit im Ausdruck), qui primum jurare „ex animi sui sententia", quemque voluerunt, deinde ita (insofern) teneri, „si sciens falleret". So schwört nach Plinius Paneg. c. 64 noch Kaiser Trajan: Consul sedens praebuit jusjurandum et ille (scil. Trajanus) juravit expressit explanavit verba, quibus caput suum, domum suam, si scienter fefellisset, deorum irae consecraret. Da nun nach Varro L. L. VI, 55 das fallere ein fando decipere und contra quam dixit, facere ist, so sind die erwähnten Clauseln gerade der Formel des promissorischen Eides eigenthümlich gewesen. Im pontificischen Processe des Grundgesetzes kann also die poena sacramenti noch

1) Rudens V. 3, v. 21. Cicero ad Att. IV, 2, §. 4: Tum M. Lucullus de omnium collegarum sententia respondit religionis judices pontifices fuisse, legis senatum.

nicht an das blosse Moment der Sachfälligkeit, oder an das objective Unrecht geknüpft, sondern sie muss durch das absichtliche fallere, also die Processstrafe bei den actiones stricti juris ebenso durch den dolus malus bedingt gewesen sein, wie bei bestimmten actiones aequi juris die Leistung des duplum. Wenn also eine Partei bloss wegen eines Formfehlers sachfällig wurde, so konnte sie die poena sacramenti nicht verwirkt haben. Aus dieser nur bedingten Verpflichtung zur poena sacramenti folgt aber mit Nothwendigkeit, dass in jedem Processfalle eine besondere Untersuchung und Entscheidung über die Frage nothwendig war, ob die Bedingungen der Strafe eingetreten waren. Darum mussten die Urtheile der Geschwornen nicht nur den Ausspruch über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des behaupteten Rechtes, sondern auch einen besondern Ausspruch darüber enthalten, utrius sacramentum justum, utrius injustum sei, und dem delegirten Pontifex zur Amtshandlung mitgetheilt werden. Meineidig konnte aber eine sachfällige Partei selbstverständlich erst dann werden, wenn sie die eidlich versprochne Sacration der Geldsumme nicht leistete, ungeachtet die subjectiven Bedingungen der Processstrafe als eingetreten constatirt worden waren. Es ist einleuchtend, dass die Angelegenheiten der poena temere litigantium dem delegirten Pontifex nicht wenig zu thun gaben, wenn er dabei überhaupt mit seiner Thätigkeit allein ausreichte und nicht die Unterstützung seiner Amtsgenossen in Anspruch nahm. Als nun in Folge der lex Aebutia der Einfluss der Pontifices auf die Civilgerichtsbarkeit, und somit auch auf die Processstrafen beseitigt, dem Praetor urbanus, welcher auch an die Stelle des delegirten Pontifex getreten war, nicht bloss die legale Interpretation, sondern auch die obrigkeitliche Rechtsetzung im Gebiete des Civilrechts übertragen wurde, musste für die Angelegenheiten der Processstrafen, und somit für das judicare sacramenta, um den Praetor urbanus nicht durch untergeordnete Dinge seiner hohen Aufgabe zu entziehen, ein besonderes Organ bestellt, und das Verfahren in diesen Angelegenheiten vereinfacht und abgekürzt werden. Weil aber die Gerichtsbarkeit der Pontifices in Sachen des Eides nach wie vor fortbestand, diese Gerichtsbarkeit ihnen sogar nicht entzogen werden konnte, so ist klar, dass bei dieser Reform auch die bisherige Form, die Verpflichtung zur poena temere litigantium einzugehen, beseitigt werden musste, wenn man nicht nach wie vor einen Theil der Civilgerichtsbarkeit in den Händen der Pontifices sehen wollte.

Dass die Angelegenheiten der Processstrafen an die tresviri capitales übertragen wurden, dafür habe ich schon oben (S. 101) die

Stelle bei Festus p. 345 angeführt; hier habe ich zunächst nur mehr über die Beseitigung des promissorischen Eides zur Begründung der Verpflichtung zur poena temere litigantium, über den Ersatz dieses Eides und über die Veränderungen zu sprechen, welche nun im Gebiete der Processstrafen eintreten mussten.

War aus den soeben angegebenen Gründen die Beseitigung des promissorischen Eides als der Form der Verpflichtung zur Processstrafe nothwendig geworden, so konnte es gar nicht fraglich sein, welche Verpflichtungsform statt dieses Eides nun zu wählen war. Die Sponsio stand wegen ihres Appells an das religiöse Gewissen dem Eide nicht nur am nächsten, sondern über eine durch Sponsio begründete Verpflichtung hatte auch kein geistliches Gericht zu entscheiden. Die Sponsio war also ganz geeignet an die Stelle des promissorischen Eides zu treten. Dass aber dies wirklich geschah, dafür ist das ausdrückliche Zeugniss des Isidorus, orig. 5 erhalten: sacramentum est pignus sponsionis. Ausserdem war die Sponsio auch bisher die Form gewesen, in welcher die Verpflichtung zu Leistungen dem Staate gegenüber eingegangen wurden [2]), wobei es selbstverständlich ist, dass ein in jure dem Magistrat gegebenes Versprechen wegen seines publicistischen Charakters jedes nachfolgende Processiren ausschloss, und executiv wurde, sobald die Zeit seiner Erfüllung eingetreten war. Wenn aber die Verpflichtung zur Sacration der Processstrafe nicht mehr durch den promissorischen Eid, sondern durch die Sponsio eingegangen wurde, so musste jene bisherige Bedeutung des sacramentum, wornach es das eidliche Versprechen der Sacration der Processstrafe bezeichnete, noch am nämlichen Tage, an welchem an die Stelle dieses Eides die Sponsio trat, unbrauchbar geworden sein. Es ist überraschend, dass Festus pag. 345 sogar diese plötzliche Veränderung in der Bedeutung des Wortes sacramentum meldet, wenn er sagt: sacramenti autem nomine id aes dici coeptum est, quod — consumebatur in rebus divinis, und dass er diese Bemerkung gerade an der Stelle macht, wo er von der lex Papiria, von den tresviri capitales und dem judicare sacramenta spricht. Was sich also aus den zwei ursprünglichen, schon oben (S. 101, 169) dargelegten Bedeutungen des Wortes sacramentum in Folge des Ersatzes des promissorischen Eides durch die Sponsio von selbst ergibt, das wird hier von Festus ausdrücklich bestätigt, und dadurch auch der Beweis erbracht, dass

---

2) Vgl. Gaius III, 94: Unde dicitur uno casu hoc verbo peregrinum quoque obligari posse, velut si imperator noster principem alicuius peregrini populi interroget: Pacem futuram spondes? vel ipse eodem modo interrogatur.

die lex Papiria mit der lex Aebutia und Silia in einem inneren Zusammenhange stand.

Ausser der bisher berührten Reform muss aber hinsichtlich des sacramentum noch eine andere Veränderung Statt gefunden haben.

Ich habe soeben dargethan, dass im pontif. Processe die Eidesformel die poena sacramenti nicht an die blosse Thatsache der Sachfälligkeit knüpfte. Nun aber berichtet Varro in Uebereinstimmung mit Gaius IV, 13, dass die poena sacramenti eine Folge des objectiven Unrechts war [3]). Weil Varro das sacramentum mit Gaius und Isidor nur mehr als eine pecunia, also nur mehr im objectiven Sinne, darstellt, und nach Sanio [4]) aus den Schriften des Sextus Aelius geschöpft hatte, so muss seine Nachricht auf den schon reformirten Process des Grundgesetzes bezogen und daraus gefolgert werden, dass, weil die lex Papiria von Festus mit den Processstrafen in Zusammenhang gebracht wird, dieses Gesetz auch die poena sacramenti an das objective Unrecht geknüpft hatte. Es scheinen mir dafür auch folgende Umstände zu sprechen:

Nach Varro's Zeugniss [5]) galt der as antiquus vor dem punischen Kriege, und Plinius der Aeltere [6]) gibt dafür die nähere Bestimmung, dass das erste Silbergeld im Jahre 485 d. St. geprägt wurde. Demzufolge setzt Lange [7]) die Reduction der Kupfermünze in das Jahr 485, und ebenso bezeichnet Mommsen [8]) die Reduction des As schon vor Anfang des ersten punischen Krieges als wahrscheinlich, mit der weiteren Angabe, dass damals der Libral-As abgeschafft und der Trientale eingeführt, dieser aber bald zu leicht ausgebracht und während der schweren Zeiten des ersten punischen Krieges weiter und weiter gesunken sei, bis er im Jahre 537 auf dem Punkte, bis wohin er factisch nahezu gefallen war, auf dem Gewichte Einer Unze durch das Fabische Gesetz fixirt worden sei, und darum wieder längere Zeit Stand gehalten habe. Diese Reduc-

3) L. L. V. 180: Ea pecunia, quae in judicium venit in litibus, sacramentum, a sacro. Qui petebat, et qui infitiabatur, de aliis rebus utrique quingenos aeris ad pontem deponebant, de aliis rebus item certo alio legitimo numero assium; qui judicio vicerat, suum sacramentum auferebat e sacro, victi ad aerarium redibat.

4) Varroniana S. 168.

5) De R. R. I, 10, 2: As antiquus ante bellum punicum valebat.

6) H. N. 33, 13: argentum signatum est anno urbis CCCCLXXXV Q. Ogulnio, C. Fabio Css. quinque annis ante primum bellum punicum, vgl. Liv. Epitom. 15.

7) Röm. Alterthüm. I, S. 424.

8) Geschichte des Röm. Münzwesens 1860, S. 288.

tion des as antiquus wurde gewiss nicht eher vorgenommen, als bis dieselbe unabweislich geworden war. Wenn nun erwogen wird, dass die Römer mit den Samniten einen siebenunddreissigjährigen Krieg zu führen hatten, und seit dem fünften Jahrhundert d. St. in jeglicher Richtung ungeheure Anstrengungen machen mussten, um sich zur italischen Grossmacht emporzuringen, so muss jene Entwerthung des as antiquus, welche Gellius in XX, 1. §. 12—14 meldet, schon lange vor 485 begonnen haben. Ich glaube also annehmen zu dürfen, dass im Jahre der lex Papiria (465 a. u.) jene Entwerthung des as antiquus schon vorhanden war, welche wohl bald darauf den L. Verratius bewog, die völlige Entwerthung der von dem Grundgesetze „propter ceteras injurias" (Gaius) als poena festgesetzten 25 Asses handgreiflich zum Bewusstsein seiner Mitbürger zu bringen. Wenn nun diese Entwerthung des as antiquus schon für das Jahr der lex Papiria angenommen werden muss, so kann nur sie die Veranlassung gewesen sein, dass die poena sacramenti an das objective Unrecht geknüpft wurde, weil durch die Entwerthung des as antiquus diese Busse ohnehin illusorisch geworden war, der Staatsschatz aber die Kosten des Cultus kaum mehr bestreiten konnte[9]). Weil aber Varro (a. a. O.) die etymologische Bemerkung macht: sacramentum a sacro, und dann von sacramentum deponere und auferre e sacro spricht, das sacrare aber eben dieses deponere erforderte, so glaube ich auch folgern zu dürfen, dass auch im reformirten Processe die Sponsio auf die Deposition, bezw. Sacration, der Processstrafen gerichtet, die pecunia deposita also, wie Isidor sich ausdrückt, ein pignus sponsionis war[9a]). So lange nun die Sacration eidlich versprochen wurde, reichte die Strafe des Meineids völlig aus, die Sacration sicherzustellen; als aber an die Stelle des Eides die Sponsio getreten war, musste das dem Staate gegebene Versprechen in der für Verpflichtungen gegen den Staat auch bisher üblichen Form des praedes

---

9) Festus pag. 345: sacramenti autem nomine id aes dici coeptum est, quod propter aerarii inopiam et sacrorum multitudinem consumebatur in rebus divinis.

9a) Dies wird auch von Virgil, Bucol. III, 28—31 angedeutet und von Servius zu dieser Stelle deutlich ausgesprochen:

Vis ergo inter nos, quid possit uterque, vicissim
Experiamur. Ego hanc vitulam (ne forte recuses
Bis venit ad mulitram, binos alit ubere fetus)
Depono; tu dic mecum quo pignore certes.

Dazu bemerkt Servius: „Depono" in sponsione colloco, sequestro. „Quo pignore", qua sponsione, quia pignus sponsioni est.

dare sicher gestellt werden (Gaius IV, 16). War also die Sachfälligkeit einer von dem dazu verpflichteten Organ den tresviri mitgetheilt worden, so war die Processstrafe von ihnen sofort einzutreiben (exigere), wobei natürlich auch die Fragen zu erledigen waren (judicare), welche die Geldzahlung, die Verpflichtung der praedes, und der Inhalt der Sponsio veranlassen konnten [10]). Weil wegen der dem Praetor urbanus übertragenen hohen Aufgabe für das exigere und judicare sacramenta ein besonderes Organ nothwendig war, bei diesem exigere und judicare aber es sich um Strafen unbescholtener römischer Bürger handelte, so wird es auch erklärlich, warum die damit betrauten niederen Magistrate vom Volke genehmigt werden mussten.

Der Grammatiker Festus citirt aus der lex Papiria nur jene Worte, welche er als Grammatiker braucht; weil aber die Reform des Processes, wie ich dies schon nachgewiesen zu haben glaube, eine planmässige war, so ist es wahrscheinlich, dass Festus nur eine einzelne Bestimmung der lex Papiria citirt, diese also einen reicheren Inhalt hatte, als Festus angibt. Die sponsio praejud. gestattete bei Klagen aus absoluten Rechten an und für sich jede noch so geringe Geldscheinleistung: wenn nun Papirius dem erschöpften Staatsschatz dadurch zu Hilfe kommen zu müssen glaubte, dass er die poena sacramenti an das objective Unrecht knüpfte, so war diese seine Absicht hinsichtlich der Klagen aus absoluten Rechten völlig vereitelt, wenn er nicht zugleich Sorge getragen hatte, dass das Interesse des Staatsschatzes auch bei diesen Klagen gewahrt blieb. Es ist daher wahrscheinlich, dass, um die poena sacramenti auch bei diesen Klagen wie bei den übrigen aufrecht zu erhalten, die sponsio praejudicialis auf bestimmte, vom Gesetze festgesetzte Geldsummen zu richten, und das sacramentum darnach zu bestimmen war. Ich glaube also, dass die von Gaius in IV, 95 für die legis actio in rem per sponsionem et sacram. angegebene Processstrafe auf die lex Papiria zurückzuführen ist, womit ich nur einer bereits vorgeschlagenen Leseart beistimme [11]).

Diese Ergebnisse über die Reform der Processstrafen bieten mir nun zugleich die Möglichkeit zur Darlegung der legis actio per condictionem zu schreiten.

---

10) Festus pag. 345: tresviri capitales — sacramenta exigunto judicantoque, uti ex legibus plebeique scitis exigere judicareque [quaestor]es(se) oportet. Lex repet. c. 17: si — judex, qui eam rem quaesierit, quaestori — indicaverit eum, qui ex hac lege condemnatus erit, quaestor praedes facito det, — si praedes dati non erunt, bona ejus facito publice possideantur.

11) z. s. Böcking, Gaius IV, 95.

XVII. Capitel.

Die Einführung einer neuen dem geschäftlichen Verkehr ganz entsprechenden legis actio in personam auf Grund der lex Silia an Stelle der aufgehobenen Klage ex nexu. Die lex Calpurnia und die condictio aus diesem Gesetze.

§. 69. Ich gelange zur Darstellung der s. g. legis actio per condictionem, über welche die Ansichten [1]) von einander noch mehr abweichen als über die legis actio per judicis arbitrive postulationem. Selbst Keller hat für diese legis actio keine forma aufgestellt, wohl aber diese in einer Weise angedeutet, dass sie, analog der von ihm construirten legis actio per jud. arbitrive post., aus Einem, aber aussergerichtlichem Acte bestehend zu denken wäre, nämlich aus der Streitverkündigung des Klägers an den Beklagten. Diese Ansicht Keller's darf auch noch jetzt als bestehend betrachtet werden.

Ich sollte nun diese verschiedenen Ansichten anführen und erörtern, allein weil in den Ergebnissen meiner bisherigen Untersuchungen für diese legis actio ganz andere Prämissen vorliegen, so glaube ich mich hier auf das beschränken zu dürfen, was mir durch diese Prämissen für diese legis actio bereits gegeben vorliegt.

Die legis actio per condictionem ist mir mit allen ihren Acten gegeben, wenn ich die bisher gewonnenen Prämissen mit den Nachrichten vergleiche, welche Gaius, Cicero und Festus über diese legis actio und das condicere erhalten haben:

1) Gaius IV, 18: Et haec quidem actio proprie condictio vocabatur: nam a c t o r adversario denuntiabat, ut ad judicem capiendum die XXX a d e s s e t. IV, 19: Haec autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam, lege quidem Silia certae pecuniae, lege vero Calpurnia de omni certa re.

2) Gaius IV, 12: lege autem agebatur modis quinque, sacramento, per judicis postulationem, p e r c o n d i c t i o n e m, per manus injectionem, per pignoris capionem. IV, 20: Quare autem haec actio (scil. per condictionem) desiderata sit, cum de eo, quod nobis d a r i oportet, potuerimus sacramento a u t per judicis postulationem agere valde quaeritur.

---

1) Keller, Civilpr. S. 71 fg.; Rudorff, zu Puchta's Institut. II, S. 80 fg., Noten b u. s. w. und RG. II, S. 83; Bethmann-Hollweg, Civilpr. I. S. 152; Wieding, Libellprocess, S. 645; Kuntze, Cursus, S. 95.

3) Gaius IV, 171: ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, velut de pecunia certa credita et constituta; sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae vero partis dimidiae, in Verbindung mit

4) Cicero pro Roscio Comoed. IV, 10: Pecunia tibi debebatur certa, quae nunc petitur per judicem, in qua (scil. pecunia debita) legitimae partis sponsio facta est. c. IV, 14: Pecunia petita est certa: cum tertia parte sponsio facta est. Haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit.

5) Die Stellen, aus denen die Grundbedeutung des Ausdrucks condictio im Sinne der gemeinsamen Bestimmung des dies, quo ligatores ad judicem capiendum adsint, wurden bereits oben (S. 259, Note 8) bei der Darlegung der legis actio in personam in jus composita per sacramentum, wie diese seit der lex Pinaria bestand, angeführt.

Dass die legis actio per condictionem von Gaius noch zu den processeinleitenden gerechnet wurde, zeigt ein Vergleich des §. 12 mit 20. Wenn nämlich diese legis actio im §. 20 bezüglich des dare mit der legis actio per sacramentum und per judicis postulationem verglichen, im §. 12 aber noch vor der legis actio per manus injectionem genannt wird, so muss sie, wie die erst genannten legis actiones, eine processeinleitende gewesen sein.

Aus der in IV, 19 erhaltenen Nachricht des Gaius, dass diese legis actio durch die lex Silia für die Geltendmachung eines Anspruchs auf pecunia certa constituirt wurde, ergibt sich aber nach dem, was ich oben als Inhalt dieses Gesetzes dargelegt habe, 1) dass diese legis actio eine prätorische legis actio in personam stricti juris in jus composita war, also eine solche, welcher der auf Grund der lex Silia eingeführte Sponsions-Act voranging; 2) dass sie nur auf einer vom Prätor auf Grund der lex Silia eingeführten Modification der condictio beruhte, wie diese seit der Pinaria bestand; 3) dass sie alle Acte einer processeinleitenden legis actio, also namentlich die Acte der condictio hatte, welche oben erörtert sind (S. 256 fg.).

Bestand nun die legis actio per condictionem aus dem Sponsions-Act und der diesem sich anschliessenden, vom Prätor modificirten, alten Condictio, so muss sie enthalten haben:

1) Den Sponsions-Act, dessen Sponsio auf das dare einer pecunia certa cum tertia ejus parte gerichtet war (Gaius IV, 20. 171; Cicero pro Roscio c. IV, 14; IV, 10).
2) Die absolute und unbeschränkte, auf die certa pecunia der

sponsio gerichtete Rechtsbehauptung des Klägers, unter Berufung auf das geltende Obligationenrecht.

3) Die absolute und unbeschränkte Verneinung der klägerischen Rechtsbehauptung von Seite des Beklagten, unter Berufung auf das geltende Obligationenrecht.

4) Die Willenseinigung der Parteien sich dem judicium und seinen gesetzlichen Folgen zu unterwerfen, in der Form der Annahme der klägerischen provocatio ad judicium von Seite des Beklagten.

5) Den charakterisirenden Act der diei condictio mit der von Gaius IV, 18 bezeugten Modification, dass der Kläger den für die condictio **längsten** Termin zu proponiren hatte.

Weil Gaius in IV, 12 diese legis actio neben die legis actio per sacramentum stellt, Cicero pro Roscio Comoedo c. IV, 10 aber von der pars tertia als einer legitima spricht, so folgt daraus, dass bei der legis actio per condictionem die poena tertiae partis an die Stelle der poena sacramenti getreten war, aber nicht dem Aerar, sondern der siegenden Partei zufiel. Von der poena sacramenti habe ich schon bemerkt, dass sie als eine poena temere litigantium nicht zur Wesenheit des judicium legitimum gehörte, also auch modificirt oder beseitigt werden konnte, ohne damit die Natur eines judicium legitimum zu vernichten.

Ich habe schon bei der Darlegung des Processes der Otacilia gegen Visellius Varro (S. 188 fg.) den Beweis geführt, dass die Sponsio und das judicium, von welchen Cicero pro Roscio Comoedo c. IV spricht, so gefasst waren:

Fannius: Si te mihi HS triginta septem milia quingentos dare oportet, spondesne ob eam rem mihi eam pecuniam cum tertia ejus parte dare?

Roscius: Spondeo.

C. Piso judex esto. Si paret Q. Roscium C. Fannio HS quinquaginta milia dare oportere, judex, Q. Roscium C. Fannio HS quinquaginta milia condemnato, s. n. p. a.

Weil Cicero in dem von ihm c. IV. 10 angegebenen judicium: „Si paret HS IↃↃↃ dari oportere“, eine bestimmte Summe (50.000 Sesterzen) ohne den Beisatz „cum tertia parte“ nennt, so muss in dieser Summe die von ihm erwähnte pecunia certa debita cum tertia ejus parte enthalten sein. Aus der Gleichung: $x + \frac{x}{3} = 50.000$ folgt aber, dass diese pecunia debita nur 37.500 Sesterzen betrug. Im Processe gegen Roscius forderte also Fannius von Roscius nicht, wie angenommen wird, schon von vornherein 50.000,

sondern nur 37.000 Sesterzen als Societäts-Antheil und Cognitur-Gebühr, weil in der Summe von 50.000 Sesterzen zugleich die poena tertiae partis enthalten ist[2]).

Im Processe des Roscius ging also dem judicium, welches eine actio in pers. stricti juris in jus concepta war, ein Sponsions-Act voran, dessen Sponsio auf die pecunia certa debita cum tertia ejus parte gerichtet war; diese tertia pars nennt Cicero ausdrücklich legitima: sie muss also auch der Sponsio angehört haben, aus deren legis actio das von Cicero angegebene judicium als formula hervorgegangen war. Wird nun die von Cicero angegebene actio in person. stricti jur. in jus concepta durch die alte legis actio in person. stricti juris in jus composita ersetzt, dabei aber die Interpositio sacramenti weggelassen, und nach Gaius IV, 18 die condictio diei tricesimi aufgenommen, so wird für den oben angeführten Sponsions-Act folgende legis actio gewonnen:

A^s. Aio te mihi HS quinquaginta milia dare oportere.
N^s. Nego me tibi HS quinquaginta milia dare oportere.
A^s. Quando injuria negas, ego te provoco.
N^s. Quando injuria ais, etiam ego te provoco.
A^s. Quando me provocasti, ego tibi diem XXX, quo ad judicem capiendum adsis, condico.
N^s. Quando me provocasti, etiam ego tibi diem XXX, quo ad judicem capiendum adsis, condico.

Die Veränderung, welche sich für die condictio pecuniae certae creditae mit der poena tertiae partis im Processe des Edictes vollzog, bestand also lediglich darin, dass mit Beibehaltung des alten Sponsions-Actes an die Stelle der alten legis actio die formula des Prätors trat, der Act der diei condictio also, wie Gaius in IV, 18 selbst hervorhebt, entfallen musste. Hinsichtlich des sponsionem facere und der poena tertiae partis bei der actio pecuniae certae creditae stimmt Gaius mit Cicero überein, fraglich ist nur, wie des ersteren Worte: ex quibus causis sponsionem facere permittitur, zu verstehen und mit der Angabe Cicero's, dass die pars tertia eine legitima war, zu vereinbaren sind. Eine von einem Volksgesetze vorgeschriebene poena temere litigantium kann ein Magistrat weder bewilligen noch versagen, wie er auch die poena sacramenti weder zu bewilligen noch zu versagen hatte. Wenn also Gaius von einer Bewilligung der sponsio tertiae partis gerade so wie von der

---

2) Weil Juristen und Philologen diesen Umstand übersahen, so mussten für sie hinsichtlich der Gegenleistung des Roscius grosse Schwierigkeiten entstehen; z. s. z. B. Bethmann-Hollweg, Civilpr. II. S. 850.

Bewilligung des jusjurandum calumniae (IV, 172) und der sponsio dimidiae partis einer pecunia constituta spricht, so kann die poena tertiae partis auf keinem Volksgesetze beruhen, sondern sie muss als eine vom Prätor eingeführte und im Edicte proponirte poena temere litigantium angesehen werden. Wenn also Gaius von einer Bewilligung der poena tertiae partis spricht, so kann er darunter nur die Bewilligung des Prätors und zwar für die von ihm im Edicte angeführten Fälle verstehen. Die poena tertiae partis konnte also von Cicero nur in dem Sinne als legitima bezeichnet worden sein, dass sie einst ein Bestandtheil der mit dem Sponsions-Acte zur Einheit verbundenen, eigenartigen legis actio, diese selbst aber ein Ergebniss der legalen Interpretation des Praetor urbanus war.

Eine weitere Frage ist die, ob der Prätor diese poena tertiae partis in seinem Edicte bedingt oder unbedingt zu bewilligen versprach.

Wenn ich nun die ursprüngliche und durch positive Nachrichten bezeugte Bedeutung der diei condictio (vgl. oben S. 259) mit dem vergleiche, was Gaius in IV, 18 angibt, so glaube ich folgern zu müssen, dass der Prätor die sponsio tertiae partis vom Beklagten zu fordern dem Kläger nur unter der Bedingung zu gestatten versprach, dass dieser dem Beklagten den dies tricesimus bewillige. Weil nämlich die condictio diei ursprünglich nur die gemeinsame Bestimmung des Termins bedeutet, Gaius aber sagt: actor adversario denuntiabat, und damit ein feststehender Usus bezeichnet wird, so kann ich mir diesen Usus nur daraus erklären, dass der Prätor die gemeinsame Bestimmung des Termins, wie sie seit der lex Pinaria für die legis actio in pers. stricti jur. in jus compos. bestand, zwar formell aufrecht erhielt, den Kläger aber indirect zwang, dem Beklagten den für andere Klagen gewöhnlichen, für diese Klage aber längsten Termin von 30 Tagen zu proponiren, und dadurch jede Verhandlung über den dies darum überflüssig zu machen, weil diesen längsten Termin der Beklagte natürlich nur mehr zu acceptiren hatte. Weil der römische Civilprocess der ältesten Zeit einen gerichtlichen Zweikampf darstellt, und nach der von Livius dem Könige Ancus Marcius zugeschriebenen Form der Kriegserklärung dem Feinde 33 Tage als Bedenkzeit, ob er den Anspruch der Römer erfüllen, oder zum Kampfe schreiten wolle, gegeben werden, diese 33 Tage aber genau den dies triginta und dem dies tertius sive comperendinus des Civilprocesses entsprechen, welche dem Beklagten zur Ueberlegung, beziehungsweise, Vorbereitung, zustanden, so möchte ich glauben, dass dieser 30. Tag als gewöhnlicher Termin schon seit der Zeit der

Könige galt [3]). Dass der dies tricesimus ordentlicher Weise wirklich der längste Termin war, welchen der Beklagte zur Ueberlegung, bez. Vorbereitung seiner Vertheidigung, erhalten konnte, das folgt mit Sicherheit aus der von Cicero pro domo 17, 45 ausdrücklich den Vorfahren zugeschriebenen Bestimmung, dass der Beklagte sogar in einem Capitalprocesse zur Vorbereitung seiner Vertheidigung auf die Zeit beschränkt sein solle, welche zwischen drei Markttagen lag:

> Nam cum tam moderata judicia populi sint a majoribus constituta, primum ut ne poena capitis cum pecunia conjungatur, deinde ne nisi prodicta die quis accusetur, ut ter ante magistratus accuset, — quarta sit accusatio trinum nundinum prodicta die, quo die judicium sit futurum, —.

Weil nämlich die Anklage ihre definitive Fassung erst durch die dritte accusatio erhielt, mit der vierten accusatio aber bereits das judicium begann, so stand auch in einem Capitalprocesse dem Beklagten zur Vorbereitung seiner Vertheidigung nur die Zeit zu, welche zwischen der dritten und vierten accusatio lag [4]). Einen weiteren Beleg dafür gibt Cicero in Verrem II. lib. II. c. 15:

Scribitur Heraclio dica (ein Erbschaftsprocess) — Interea dies advenit, quo die sese ex instituto ac lege Rupilia dicas sortiturum Syracusis iste edixerat: paratus ad hanc dicam venerat. Tum eum docet Heraclius non posse eo die sortiri, quod lex Rupilia vetaret diebus XXX sortiri dicam, quibus scripta esset. Dies XXX nondum fuerant. — — Iste omnibus dicis diem distulit, et eam diem constituit, ut hanc Heraclii dicam sortiri post dies XXX posset [5]). War nun das Interesse des Beklagten durch die Gewährung des längsten Termines zu seiner Ueberlegung, bez. Vorbereitung seiner Vertheidigung gegen eine so empfindliche Processstrafe gewahrt worden, so war es eine Forderung der processualischen Gerechtigkeit, dass der Prätor seine po-

---

3) Livius I, 32: Si non deduntur, quos exposcit, diebus tribus et triginta (tot enim sollennes erant) peractis bellum ita indicit: —. Demnach empfehlen sich für Gaius IV, 15 folgende Lesearten: postea vero reversis dabatur (intra) D̄. XXX judex, idque per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem (eo die) dabatur judex.

4) z. s. Zumpt, Crim. R. I, 2. S. 263.

5) Pseudo-Ascon. ad Ciceron. Verrem II. lib. I. c. 9 (Orelli pag. 164): poscebant judicem, qui dabatur post trigesimum diem, quo dato deinde inter se comperendinum diem, ut ad judicium venirent, denuntiabant.

testas juris civilis corrigendi im Interesse des Klägers hinsichtlich der XXX justi dies zur Anwendung brachte, und dem Beklagten die 30tägige Erfüllungsfrist des Grundgesetzes versagte [6]). Eine Bestätigung dieser Annahme enthält die lex Julia municip., welche im c. II. v. 40—44 für die condictio pecuniae certae creditae cum tertia ejus parte keine Erfüllungsfrist von 30 Tagen kennt, sondern nur 30 Tage als Zeit zur Vorbereitung des Beklagten für das judicium, bezw. für die Ueberlegung desselben, ob er zahlen oder weiter processiren soll.

Wenn nämlich ein Anlieger das zu seinem Hause gehörige Stück der öffentlichen Strasse nicht arbitratu aedilis wieder in guten Stand setzte, so hatte der letztere die Reparatur der Strasse öffentlich verlicitiren zu lassen. Der Licitant erhielt dann durch Anweisung des Aedils einen Anspruch gegen den Anlieger auf die Licitationssumme, über deren Eintreibung dieses Gesetz verfügt:

> Si is, qui attributus erit, eam pecuniam diebus XXX proximis, quibus ipse aut procurator ejus sciet, attributionem factam esse, ei, cui attributus erit, non solverit, neque satis fecerit, is quantae pecuniae attributus erit, tantam pecuniam et ejus dimidium ei, cui attributus erit, dare debeto, inque eam rem is, quocunque de ea re aditum erit, judicem judiciumque ita dato, ut de pecunia credita (judicem) judiciumque dari oporteret (Bruns).

Wer also seine Wegbaulast nicht erfüllte, und auch die Licitationssumme binnen 30 Tagen seit Kenntnissnahme der Attribution dem Licitanten nicht zahlte, der soll so behandelt werden, als hätte er vor 30 Tagen jene Summe als pecunia credita cum dimidia parte ejus promittirt, wesshalb der Magistrat den judex so bestellen, und das judicium (= formulam) so geben solle, wie dies de pecunia credita zu geschehen habe. Es ist aber kein Zweifel, dass in diesem Falle die erwähnten 30 Tage für den Schuldner nur als eine Zeit für die Vorbereitung zum judicium, beziehungsw. Ueberlegung galten, ob er zahlen oder processiren soll, und dass hier der Gedanke an eine weitere Erfüllungsfrist von 30 Tagen völlig ausgeschlossen ist. Wenn nun auch für diesen Fall nur das judicium certae pecuniae creditae zu geben war, so muss auch dieses judicium die 30tägige Erfüllungsfrist des Grundgesetzes ausgeschlossen, dafür aber dem Schuldner zwischen der Eingehung der sponsio ter-

---

6) Ulpian. lib. VI ad edict. L. 2. D. de re jud. 42, 1; vgl. Ulpian. lib. VIII ad edict. L. 4. §. 5. D. eodem.

tiae partis und der Bestellung des judex und Ertheilung der formula eine Zeit von 30 Tagen zu seiner Ueberlegung, bezw. Vorbereitung, gestattet haben. Endlich ist über die forma agendi dieser legis actio noch zu bemerken, dass Gaius in IV, 18 von judex capiendus, in IV, 15 aber von judex accipiendus spricht. Weil nun capere „wählen", „accipere" aber „empfangen" bedeutet[6a]), so scheint gefolgert werden zu müssen, dass die prätorische condictio von der seit der lex Pinaria bestehenden condictio sich auch darin unterschied, dass eine Einflussnahme auf die Bestimmung der Person des judex den Parteien nur bei der prätorischen condictio zustand, was sich wohl aus den empfindlichen Folgen der Sachfälligkeit in diesem judicium erklären möchte. Dies mag die Allgemeinheit des Ausdrucks erklären, deren sich Cicero pro Cluent. c. 43 hinsichtlich der freien Wahl des judex bedient: voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusdam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset.

Ich habe nun die Functionen der Sponsio näher zu bestimmen, welche der legis actio voranging und mit ihr darum zur Einheit verbunden war, weil sie stets die dieser legis actio eigenthümliche poena temere litigantium enthielt.

Die einfachste Function der sponsio war die Begründung der poena tertiae partis, wie dies aus der oben (S. 406) angegebenen Fassung der Sponsio im Processe des Roscius ersichtlich ist.

Eine über diese Begründung der poena tertiae partis hinausgehende Function enthält die Sponsio des Processes der Otacilia gegen Visellius Varro (vgl. oben S. 190). Weil in diese Sponsio auch die exceptio doli aufgenommen worden war, so hatte sie die doppelte Function, sowohl die poena temere litigantium zu begründen, als auch der prätorischen Exceptio gegen die civile Klage aus der Expensilatio civile Wirksamkeit zu verschaffen. Weil aber die Sponsio in allen Fällen direct auf die Leistung der schuldigen Summe gerichtet war (vgl. oben S. 189 fg.), so erhielt sie für den Fall der pecunia data vel adnumerata auch noch eine dritte Function, nämlich den nicht-civilen Anspruch aus dem formfreien Gelddarlehn in einen civilen zu verwandeln. Wird nun für den Fall der Klage aus einem formfreien Gelddarlehn von 12.000 Sesterzen angenommen, dass der Beklagte die exceptio pacti conventi impe-

---

6a) Plaut. Mostell. III, 1. v. 30: Cape — una cum eo judicem. Trucul. II, 7. v. 68: ego tecum arbitrum aequum ceperim.

trirt hatte, so erhielt die Sponsio durch folgende Fassung alle drei Functionen:

> Si ego tibi HS duodecim milia adnumeravi, eaque pecunia soluta non est, ni inter nos convenit, ne ea pecunia omnino petatur, spondesne ob eam rem eam pecuniam cum tertia ejus parte mihi dare?

An diesen Sponsions-Act schloss sich unmittelbar an die oben angegebene, auf die Uebereignung der 16.000 Sesterzen gerichtete, prätorische legis actio in pers. stricti juris in jus composita mit den Eigenthümlichkeiten, die ich soeben (S. 407) dargelegt habe.

Die Function der legis actio per condictionem und ihr Verhältniss zu der für die Klage aus dem formfreien Darlehen brauchbar gemachten legis actio in person. in jus compos. per sacramentum.

§. 70. Weil durch die alte condictio jeder civilrechtliche, auf das dare einer res certa gerichtete Anspruch, und durch Vermittlung der sponsio praejud. auch der aus dem Mutuum entsprungene und auf das dare einer res certa gerichtete Anspruch verfolgt werden konnte, so folgt daraus, dass alle Ansprüche, welche durch die neue condictio geltend gemacht werden konnten, auch durch die alte verfolgbar waren. Die neue condictio diente ausschliesslich nur zur Verfolgung des Anspruchs auf das dare einer pecunia certa (Gaius IV, 19), unter welcher aber noch Cicero nur die pecunia certa stipulata, expensa lata und adnumerata versteht. Die alte condictio war also in allen Fällen der neuen brauchbar, aber nicht umgekehrt. Wenn also der Kläger es nicht für gerathen fand bei der Verfolgung einer pecunia certa stipulata, expensa lata, adnumerata zur poena tertiae partis zu greifen, und der Beklagte ihn nicht dazu nöthigte, so konnte er noch immer die alte condictio in Anwendung bringen, weil der Prätor auch für die actio certae pecuniae stipulatae, expensae latae und adnumeratae die poena tertiae partis nicht vorschrieb, sondern nur gestattete (Gaius IV, 171). Handelte es sich gar um die Rückzahlung eines einem Minderjährigen ohne Bestellung eines Curators gegebenen Darlehns, und hatte der Minderjährige vom Prätor causa cognita die exceptio legis Plaetoriae impetrirt, so konnte der Gläubiger seinen Anspruch offenbar nur mehr durch die mit der sponsio praejud. verbundene alte condictio geltend machen, weil er sonst die Gefahr, in die ihn die Gewährung der Exceptio versetzt hatte, muthwillig selbst vergrössert haben würde. Der alten condictio musste der Sponsions-Act nur in den Fällen vorangehen, in welchen einer prätorischen Exceptio

gegen einen civilen Anspruch civile Wirksamkeit zu verschaffen, oder der nicht-civile Anspruch aus dem formfreien Darlehn in einen civilen zu verwandeln war, mochte ihm eine Exceptio gegenüber stehen oder nicht; die neue condictio hingegen hatte zur Begründung des Anspruchs auf die poena tertiae partis den Sponsions-Act stets nöthig, mochte der Anspruch auf die pecunia certa ein civiler oder nicht-civiler gewesen sein, mochte gegen ihn eine Exceptio erlangt worden sein oder nicht.

Schon der Umstand, dass der Prätor das Anwendungsgebiet der neuen condictio auf die pecunia certa stipulata, expensa lata und adnumerata beschränkte, und mit ihr eine so empfindliche Processstrafe verband, lässt erkennen, dass er diese Klage zur Sicherung des Credits im geschäftlichen Verkehr eingeführt hatte. Weil aber jedem Geschäftsmann, welcher eine solche Geldschuld einzuklagen hatte, zugleich zwischen der alten und neuen condictio die Wahl freistand, nach der neuen condictio sogar noch in der Hauptverhandlung in jure gegriffen werden konnte, vor der empfindlichen Processstrafe dieser Klage also kein säumiger Geldschuldner sicher war, so war sie gewiss auch ein sehr wirksames Mittel, prompte Zahlungen zu bewirken, und den Credit zu befestigen. Da nämlich der Gläubiger, wenn der vor Gericht erschienene Beklagte zu läugnen Miene machte, sofort zur neuen condictio greifen, und, wenn er seiner Forderung sicher war, dem Beklagten das Läugnen sehr vertheuern konnte, so hing die neue condictio wie ein drohendes Schwert über dem Haupte des vor Gericht erschienenen Beklagten, wesshalb diesem wohl nichts anderes übrig blieb, als entweder zu zahlen oder Satisdation zu leisten oder sich mit dem Kläger zu vergleichen.

Weil aber ein leichtfertiges Processiren ebenso dem Kläger als dem Beklagten zur Schuld fallen kann, und auch die poena sacramenti ebenso den Kläger als den Beklagten treffen konnte, so war es eine Forderung der processualischen Gerechtigkeit, dass der Prätor die neue condictio nicht bloss im Interesse des Klägers, sondern auch in dem des Beklagten einführte. Wenn also der Beklagte gegen den Anspruch des Klägers mit sicherem Erfolg sich vertheidigen zu können glaubte, so konnte auch er die poena tertiae partis vom Prätor postuliren, und dadurch den Kläger zwingen, entweder von der Klage abzustehen oder die neue condictio zu wählen, um auch sich zur Vorbereitung des Angriffs die für diese condictio längste Zeit von 30 Tagen zu verschaffen. In diesem Falle konnte also auch der Kläger durch die poena tertiae partis ebenso erst in jure überrascht werden, wie der Minderjährige seinen Gläubiger mit

der exceptio legis Plaetoriae überraschen konnte. Das Damokles-Schwert der neuen condictio hing also auch über dem Haupte des Klägers. Ebenso war es nur eine Forderung der processualischen Gerechtigkeit, dass, wenn der Kläger zur poena tertiae partis griff, auch der Beklagte das Recht hatte, vom Kläger die restipulatio tertiae partis zu verlangen. Griff der Beklagte hingegen selbst nach dieser Processstrafe, so musste der Kläger ohnehin die neue condictio wählen und somit vom Beklagten die sponsio tertiae partis verlangen, wesshalb auf die sponsio des Beklagten in beiden Fällen die restipulatio des Klägers zu folgen hatte, und Gaius in IV, 13 die Processstrafe dieser Klage mit der poena sacramenti auf Eine Linie stellen konnte.

Die neue condictio war also ein wirksames Mittel, jedes leichtfertige Processiren hintanzuhalten und den Credit im geschäftlichen Verkehr zu befestigen.

Die nächste Veranlassung zur Einführung der legis actio per condictionem und ihr Verhältniss zur abgeschafften Klage ex nexu.

§. 71. Die nächste Veranlassung zur Einführung der neuen condictio war ohne Zweifel die von Gellius XX, 1. §. 12—14 bezeugte, schon oben (S. 401 fg.) besprochene Entwerthung des as antiquus und somit auch der Summen, welche das Grundgesetz für die Processstrafen bestimmt hatte. Weil nämlich der Process die Kosten, die wir jetzt zu tragen haben, in dieser Zeit nicht kannte, die grundgesetzliche poena temere litigantium aber in Folge der erwähnten Entwerthung illusorisch geworden war, so konnte ein gewissenloser Kläger nur gewinnen, ein gewissenloser Beklagter nichts verlieren. Der Prätor musste also darauf bedacht sein, durch Einführung einer neuen wirksamen Processstrafe dem leichtfertigen oder gewissenlosen Processiren vorzubeugen. Ein anderes Motiv für die Einführung der neuen condictio war wohl dies, dass der gesteigerte Handelsverkehr einen Ersatz für die im Jahre 441 d. St. abgeschaffte Klage aus dem nexus dringend benöthigte. Die Abschaffung der genannten Klage geschah eben nicht aus Gründen, welche in der Rechtspflege lagen, sondern aus Gründen der Politik, um damit den in Aufruhr gerathenen, tief verschuldeten Plebejern eine Concession zu machen. Da aber die Klage aus dem nexus ein Glied des vollständig ausgebildeten Klagensystems der Pontifices war, so musste der Verkehr gar bald die Lücke empfinden, welche die politische Erregtheit jenes Jahres dem pontif. Klagensystem gemacht hatte.

Der Ersatz, welchen der Prätor durch die neue condictio den Bedürfnissen der in Rom früh zur Entwicklung gelangten Geldgeschäfte bot, war aber ein so vollkommener, dass er die Vortheile der abgeschafften Klage in mehr als Einer Beziehung überwog. Die abgeschaffte Klage ging ebenfalls auf certa pecunia, allein die Forderung aus dem nexus war eine executive, wesshalb der Schuldner vor der lex Valeria sich gar nicht mehr selbst vertheidigen konnte, sondern eines tauglichen Vindex bedurfte, welcher, wenn er sachfällig wurde, dem Gläubiger das Duplum zu zahlen und dann gegen den Schuldner den Regress zu nehmen hatte. Die lex Valeria gestattete dem Schuldner zwar die persönliche Vertheidigung, überliess ihm also zwar die Wahl zwischen eigener und fremder Vertheidigung, allein da sie die executive Natur dieser Klage nicht berührt hatte, so musste der Schuldner, oder sein Vindex, wenn er die executive Forderung läugnete und sachfällig wurde, auch nach diesem Gesetze das Duplum, also mehr als die tertia pars zahlen. Der nexus bot also Vortheile ganz einseitig nur dem Berechtigten, und drückte ganz einseitig nur den Verpflichteten. Wurde nämlich der Kläger abgewiesen, hatte er also leichtfertig geklagt, wozu die Fassung der Nuncupatio benutzt werden konnte, so brachte ihm dennoch seine Chikane keinen Nachtheil; hatte hingegen der Beklagte geläugnet und wurde er sachfällig, so hatte er als poena der Läugnung das Duplum zu zahlen. Ausserdem war das Rechtsgeschäft als ein per aes et libram gestum nur für die Verhältnisse der noch kleinen Stadtgemeinde brauchbar, und wäre in Folge der Veränderung der politischen und commerciellen Verhältnisse des Staates von selbst unbrauchbar geworden. Die neue condictio hingegen bot alle Vortheile der Klage aus dem nexus ohne ihre Nachtheile und war somit ein sehr sprechender Beweis der Tüchtigkeit der alten Schule. Die Form des nexus musste erstens gleich bei der Begründung der Forderung in Anwendung kommen, um überhaupt eine so energische Klage zu haben, wie sie jeder gesteigerte Verkehr erfordert. War nun diese Form der Verpflichtung nicht schon ursprünglich gewählt worden, so konnte der Schuldner hinterher nicht mehr dazu gezwungen werden. Die Klage aus dem nexus war also auch in dieser Beziehung ein Analogon unserer Wechselklage. Die neue condictio gewährte aber dem Kläger den Vortheil, dass er nach ihr noch in jure greifen konnte, wenn der Beklagte läugnete: er konnte also den leichtfertigen Läugner auch in den Fällen empfindlich strafen, für welche es früher keine solche Strafe gab, wenn die Form des nexus nicht schon ursprünglich gewählt wurde, also z. B. in den Fällen der pecunia stipulata. Die

Zeit von 30 Tagen, welche der Kläger bei der neuen condictio dem Beklagten zur Vorbereitung seiner Vertheidigung gestatten musste, brachte er dadurch wieder ein, dass dem Beklagten die 30tägige Erfüllungsfrist entzogen wurde, welche dem letzteren bei der Klage aus dem nexus zustand. Gleiche Vortheile aber bot die neue condictio auch dem Beklagten, wenn er wirklich nichts schuldete. Da nämlich nach der poena tertiae partis auch der Beklagte greifen konnte, so war diese auch in seinen Händen eine gleich gefährliche Waffe gegen den Kläger. Die processualische Gleichstellung der Parteien, welche die Klage aus dem nexus wegen ihrer executiven Natur nicht kennen konnte, ohne gegen das System zu verstossen, hatte also die neue condictio vollständig verwirklicht, und den Beklagten ebenso geschützt als den Kläger, ohne dass schon bei der Begründung des Rechtsverhältnisses eine besondere Rücksicht auf den Fall einer leichtfertigen Processerhebung zu nehmen war. Es ist aber bekannt, dass bei Eingehung von Rechtsverhältnissen die Parteien sich gewöhnlich ganz anders geben, als dann, wenn die Zeit der Erfüllung gekommen ist. Wird endlich die poena tertiae partis der neuen condictio mit dem Duplum der Klage aus dem nexus verglichen, so bekundet die neue condictio zugleich eine mildere Anschauung und einen gewissen Fortschritt in der Humanität.

Weil die oben dargelegten Motive zur Einführung der neuen condictio dem Gebiete der Antiquitäten angehören, so wäre es wohl nicht unmöglich, dass sie Gaius nicht mehr gekannt, und darum in IV, 21 sein und der späteren Juristen Befremden über das Motiv der Einführung dieser legis actio ausgesprochen hatte, wozu sich sich noch die wichtige Thatsache gesellt, dass später die legis actio per sacramentum und mit ihr die poena sacramenti ausser Uebung gekommen, dadurch aber zugleich jenes Verhältniss aufgehoben worden war, welches ursprünglich zwischen der legis actio in person. in jus composita per sacramentum oder der alten condictio und der legis actio per condictionem des Prätors bestand.

Wird nun die neue legis actio per condictionem mit der legis actio in personam per sacramentum überhaupt verglichen, so liegt zwischen ihnen der Unterschied, dass die letztere eine actio generalis war, die erstere aber nur eine zunächst auf pecunia certa stipulata, expensa lata und adnumerata beschränkte Unterart der actiones in personam stricti juris in jus compositae bildete.

Die condictio ex lege Calpurnia.

§. 72. Es ist natürlich, dass eine Klage, welche so grosse Vortheile bot, und für die Sicherung des Credits sich so sehr be-

währt haben musste, das Bestreben erzeugte, sie auch auf andere Gegenstände als die pecunia certa auszudehnen, gleichwohl aber muss die Angabe des Gaius in IV, 19 auffallen, wornach die legis actio per cond. durch ein besonderes Gesetz, die lex Calpurnia, auf omnis certa res angewendet wurde. Wenn nämlich Gaius in IV, 171 von einem sponsionem facere permittere spricht, und dieses permittere nur eine Bewilligung des Prätors sein kann, ja, wenn Gaius unter den causae, ex quibus sponsionem facere permittitur, ausdrücklich auch das prätorische Constitutum anführt, und auch für dieses eine poena temere litigantium bezeugt, wie kommt es nun, dass der Prätor jene Anwendung der legis actio per condictionem auf omnis certa res nicht selbst vollzog, sondern wartete, bis die lex Calpurnia diese Anwendung aussprach? Es liegt nahe zu vermuthen, dass diese Anwendung nicht vom Prätor und von der ihn unterstützenden Jurisprudenz, sondern von einem Volksmanne jener Zeit veranlasst worden war, in welcher die Versorgung des römischen Proletariats mit Lebensmitteln auf Staatskosten schon ein Gegenstand der Politik ehrgeiziger Demagogen war. Für diese Vermuthung finde ich in der Thatsache eine Rechtfertigung, dass die legis actio per condictionem in dieser ihrer Anwendung bekanntlich den Namen „condictio triticaria" führte [1]). Nun aber ist es bekannt, welche Bedeutung in der Zeit der Republik die Sicherung der Getreidelieferungen, namentlich des Weizens aus Sicilien und Africa, für die Ruhe der Hauptstadt hatte, und wie sehr ein ehrgeiziger Mann dem Souverän in Rom sich empfahl, wenn er ihn vor Hunger bewahrte, und ihm sein tägliches Brod sicherte. Die Anwendung dieser legis actio auf omnis certa res kann ich also nur als eine Massregel der Politik auffassen, und nicht in der ratio juris begründet finden. Es scheint auch, dass diese Anwendung sogleich wieder beseitigt wurde, als ihre nächste Ursache weggefallen war, weil Gaius in IV, 171 die poena tertiae partis nur mehr für die pecunia certa credita anführt. Die eigentliche Function dieser Klage aber lag, wie gezeigt wurde, gerade in der poena tertiae partis, wesshalb die Beseitigung dieser poena für die übrigen res certae einer Beseitigung der legis actio selbst gleichkam, und die alte condictio an ihre Stelle setzte. Der Wegfall der poena sacramenti bei der alten condictio musste aber zur Folge gehabt haben, dass, um der neuen condictio in Sachen der pecunia certa eine möglichst weite Anwendbarkeit zu geben, der Begriff der pecunia credita möglichst erweitert wurde.

1) z. vgl. jetzt auch Bekker, Aktionen I, S. 100.

Die der Civilrechtspflege angehörenden, ältesten Rogationen hatten nach den Ergebnissen meiner Untersuchungen entweder nur principielle oder nur ganze concrete Fragen zum Gegenstande, weil einer gesetzgebenden Versammlung, welche alle im Genusse ihrer politischen Rechte stehenden Bürger umfasste, vernünftiger Weise nur solche Fragen vorgelegt werden konnten. Insofern wäre es nun wohl möglich, dass die Rogation des Calpurnius sich bloss auf die Frage der Anwendung der bestehenden legis actio per condictionem auf omnis certa res bezog; allein da dieses Gesetz offenbar schon einer späteren Zeit angehört, so möchte ich in Anbetracht, dass Gaius auch allgemeine Gesetze stets nur in ihrer strengsten Beziehung auf den von ihm behandelten Gegenstand namhaft macht, meinen, dass die lex Calpurnia nur eine Art lex frumentaria war und als solche nur die Versorgung der Hauptstadt mit Lebensmitteln zu ihrem eigentlichen Gegenstand hatte, unter ihren Bestimmungen aber auch die über die künftige Anwendung der legis actio per condictionem auf omnis certa res enthielt. Die ältesten leges frumentariae, welche Rudorff (RG. I. S. 44) anführt, fallen in die Jahre 631, 634, 654; die lex Calpurnia dürfte wohl zu den ältesten Massregeln dieser Art gehören. Calpurnius Piso Fragi war im Jahre 406 a. u. Volkstribun und bekämpfte später auch das Getreidegesetz des C. Gracchus: ihm dürfte eine solche erste Massregel zuzuschreiben sein [2]).

Weil Gaius in IV, 19 das Anwendungsgebiet der legis actio per condictionem als einer völlig neu gebildeten, speciellen Klage gegenüber der legis actio in personam per sacramentum besonders anzugeben hatte, so war er genöthigt, an dieser Stelle nicht nur die lex Calpurnia, sondern auch die lex Silia zu erwähnen, und für uns den Schein zu erzeugen, als ob auch die lex Silia nur ein specielles, auf die Einführung einer neuen legis actio gerichtetes Gesetz gewesen wäre. Dass er aber zur Nebeneinanderstellung der genannten Gesetze nur durch die erwähnte Zwangslage gedrängt wurde, wenn er nicht eine ausführliche Darstellung aller einschlägigen Reformen des alten Processes geben wollte, das beweist der Umstand, dass er die lex Silia ebensowenig bei der Erwähnung der legis actiones in rem per sponsionem et sacramentum, als an den Stellen berührt, in welchen er die Sponsio thatsächlich als ein Organ des Processes behandelt.

---

2) Vgl. Pauly, Real-Encycl. s. v. Calpurnius.

XVIII. Capitel.

Die dargelegten neuen, vom Praetor urbanus geschaffenen, Legisactiones und die Nachricht des Pomponius über das jus Aelianum. — Der Charakter des reform. Civilrechts des Grundgesetzes und des jus Aelianum.

§. 73. Durch den gesetzlichen Vor-Act des ex jure manum consertum vocare hatte die alte pontificische legis actio in rem per sacramentum eine vom Orte des unbeweglichen oder schwer transportablen Objectes unabhängige Function erhalten und konnte nun in Verbindung mit diesem neuen Vor-Acte als eine neue legis actio in rem betrachtet werden. Die legis actio in personam in jus composita per sacramentum und die legis actio per judicis postulationem wurden durch die Vor-Acte der verschieden gefassten sponsiones praejudiciales zur Geltendmachung jener obligatorischen Ansprüche und Exceptionen, welche nur der Prätor anerkannt hatte, brauchbar gemacht, und erhielten dadurch ganz neue Functionen. Die verschiedenen legis actiones in rem per sponsionem et sacramentum, welche der Prätor zur Entscheidung von Statusfragen, zur Entscheidung von Eigenthums- und Erbrechtsstreitigkeiten eingeführt hatte, waren neue legis actiones in rem. Weil aber auch die vom Praetor urbanus geschaffene legis actio per condictionem Functionen hatte, die der alten condictio fremd waren, so musste selbstverständlich auch diese Klage als eine neue betrachtet werden. Allein eine völlige Neubildung stellt nur die legis actio per condictionem dar, wesshalb Gaius in IV, 12 nur diese, nicht aber auch die von ihm in IV, 95 erwähnte legis actio in rem per sponsionem et sacramentum unter den Actionen der Lex anführt.

Die Reform der pontificischen legis actio in rem war schon in der Zeit der lex Aebutia unabweislich nothwendig; die übrigen neuen legis actiones dienten zur Geltendmachung des prätorischen Rechtes in judiciis legitimis und waren somit zugleich mit der Begründung und Entwicklung des prätorischen Rechtes einzuführen. Die Einführung dieser neuen legis actiones muss also in die nächste Zeit nach der lex Aebutia und Silia gesetzt werden. Es hat für mich ein besonderes Interesse, dass das hier Gesagte auch durch die Nachricht des Pomponius in der L. 2. §. 7. D. de orig. jur. 1, 2 über das jus Aelianum bestätigt wird:

> **Augescente** civitate quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Aelius

alias composuit, et librum populo dedit, qui appellatur jus Aelianum.

Es ist kein Zweifel, dass auch dieses Excerpt aus der Schrift des Pomponius von einer wenig glücklichen Hand herrührt, und ebenso sinnstörend ist, wie etwa das Excerpt des Paulus Diacon. aus Festus über die Grundbedeutung des sacramentum. Wie diese Nachricht uns vorliegt, müsste man annehmen, Sextus Aelius habe nicht lange nach der Zeit der lex Aebutia und Silia gelebt, und dem damals entstandenen Bedürfniss neuer genera actionum durch selbstständige fachmännische Thätigkeit abgeholfen. So sinnstörend aber hatte sich Pomponius gewiss nicht ausgedrückt. Wie nämlich Gellius in XX, 10 §. 9 die Verleihung der neuen Jurisdictionen im Sinne der potestates edicendi summae an den Praetor urbanus und pereginus, also die Begründung des prätorischen Rechtes in die Zeit der „propagatio finium Italiae" setzt, so hatte gewiss auch Pomponius nur berichtet, dass augescente civitate jene genera actionum nothwendig geworden und geschaffen worden waren, welche „non post multum temporis spatium" der Jurist Sextus Aelius in systematische Ordnung brachte und in einem Handbuche veröffentlichte, welches den Namen jus Aelianum erhielt. Weil Pomponius unmittelbar vorher vom jus Flavianum, also von den pontificischen legis actiones gesprochen hatte, so konnte er auch unter den augescente civitate nothwendig gewordenen genera actionum nur die (vier) genera der neuen legis actiones verstanden haben (vgl. Gaius IV, 1). Weil jedoch der Prätor seine Actionen und Exceptionen, und damit materiell auch die sponsiones praejudiciales im Edicte proponirt hatte, so kann die Publication der neuen legis actiones durch Sextus Aelius nicht als eine erste Bekanntmachung, sondern nur als eine spätere für den praktischen Gebrauch berechnete bequeme Zusammenstellung derselben betrachtet werden, wie ja auch seine Tripertita nur einen solchen praktischen Zweck verfolgt hatten.

Der Charakter des reformirten Civilrechts des Grundgesetzes und des jus Aelianum.

§. 74. Der Charakter des reformirten Civilrechts des Grundgesetzes bestimmt sich dahin, dass es durch Beschränkung des Formalismus und Aufnahme des Princips der Formfreiheit die Annäherung an das jus gentium vollzieht, und sich bereits als italisches Volksrecht darstellt. Die Bezeichnung „italisches Landrecht" wäre verständlicher, wenn sie nicht einen hier nicht zutreffenden Nebenbegriff enthielte. Das materielle Civilrecht dieser Periode war

seinem Ursprunge nach theils ein gesetzliches, theils ein obrigkeitliches, allein das eine wie das andere wurde in der Form der legis actio geltend gemacht, weil die sponsio praejud. auch dem obrigkeitlichen Rechte, wenn auch nicht in allen Fällen eine gesetzliche Natur, so doch eine gesetzliche Wirksamkeit verschafft hatte.

Im pontif. Processe des Grundgesetzes beruhten alle Process-Stadien und ebenso ihre einzelnen Acte unmittelbar oder mittelbar auf dem Grundgesetze, mochten die einzelnen Acte derselben mit mündlichen, gesetzlich fixirten Erklärungen verbunden gewesen sein, oder sich auf solche mündliche Erklärungen beschränkt haben. Im pontificischen Processe bildete also die mündliche forma agendi nur Einen der gesetzlichen Haupt-Acte zur Verwirklichung eines Rechtsanspruches. Im reformirten Processe beruhte hingegen das Processerhebungsverfahren schon ganz, das Executions-Verfahren aber zum grössten Theile bereits auf dem obrigkeitlichen Rechte, wesshalb im reformirten Processe nurmehr die forma agendi auf dem Gesetze beruhte und darum mit dem Begriffe der legis actio identisch wurde (vgl. Gaius IV, 11. 21). Weil aber die forma agendi, wie ich oben (S. 93 fg.) gezeigt habe, die Grundlage des judicium legitimum bildete, ja geradezu als judicium bezeichnet wurde, so waren judicia legitima im Sinne der Lex auch noch im reformirten Processe vorhanden. Eine andere schon oben besprochene Modification des Begriffs trat beim sacramentum ein; für die Klagen aus den neu anerkannten absoluten Ansprüchen bildeten sich neue Begriffe.

Weil nämlich die verschiedenen legis actiones in rem per sponsionem et sacramentum zur Entscheidung von Status-, Eigenthums- und Erbrechtsstreitigkeiten keinen Vindications-Act mehr enthielten, so war für diese Klagen die Bezeichnung „Vindicationes“ unzutreffend und die Wahl des Ausdrucks „Petitiones“ nothwendig geworden. Diese Petitiones unterschieden sich von den Vindicationes aber auch noch dadurch, dass die ersteren, mit Ausnahme eines Falls der causa liberalis, durchwegs actiones simplices, die letzteren wenigstens für Eigenthums- und Erbrechtsstreitigkeiten durchwegs actiones duplices waren, was für die Frage der Beweislast einen wichtigen Unterschied begründete.

Im pontificischen Processe hatte der richterliche Magistrat keinen Angriff und keine Vertheidigung zu bewilligen; im reformirten Processe hatte der Prätor über die Gewährung oder Versagung der von ihm im Edicte proponirten Rechtsmittel selbst zu entscheiden. Durch die neuen prätorischen legis actiones verloren aber auch die alten civilen Klagrechte und Einwendungen ihre unbeschränkte Wirksamkeit in jenen Fällen, in welchen sie mit den edictalen Klag-

rechten und Exceptionen in Conflict geriethen, weil dem Prätor die Macht ertheilt werden musste, seinem obrigkeitlichen Rechte auch in den Fällen des erwähnten Conflictes Geltung zu verschaffen, wenn es nicht wirkungslos und illusorisch bleiben sollte. Weil aber im reformirten Processe bereits alle Elemente des Streites in die sponsio praejud. verlegt wurden, diese also die eigentliche Grundlage des Processes bildete, so hatte auch die sich ihm anschliessende pontificische legis actio hinsichtlich des Angriffs des Klägers und der Vertheidigung des Beklagten ihre frühere Function eingebüsst. Dies gilt am meisten für die legis actiones in rem per sponsionem et sacramentum, bei welchen die alte pontif. legis actio gar nur mehr auf eine Geld-Scheinleistung gerichtet war, die Angriffs- und Vertheidigungsclausel dieser legis actio in diesen Fällen also nurmehr eine Schein-Function hatte. Noch mehr; im pontificischen Processe, in welchem der richterliche Magistrat keine Actio und keine Exceptio zu bewilligen hatte, beruhte das judicium privatum wirklich nur auf der durch die acceptio provocationis von Seite des Beklagten vollzogenen Willenseinigung der Parteien, sich dem judicium zu unterwerfen; im reformirten Processe aber hatte die acceptio provocationis ihre frühere Bedeutung in den Fällen ganz eingebüsst, wo der Kläger seine actio, der Beklagte seine exceptio vom Prätor erlangt hatte, weil in diesen Fällen die acceptio judicii bereits in der acceptio provocationis sponsione von Seite des Beklagten vollzogen wurde, die nachfolgende acceptio provocationis also nur mehr eine formelle Wiederholung der acceptio judicii enthielt. Die reelle Wirksamkeit der pontificischen Legisactiones äusserte sich also im reformirten Processe des Grundgesetzes nur mehr in den Einzel-Acten der diei condictio, der judicis postulatio und bei der legis actio per sacramentum auch in der Verpflichtung zur poena sacramenti. Je mehr sich nun das prätorische Recht entwickelte, desto mehr musste die sponsio praejudicialis als die eigentliche Grundlage des judicium in den Vordergrund, und die sich ihr anschliessende pontificische legis actio in den Hintergrund treten, und schliesslich für die Processfälle, welche nicht zur Competenz der Centumvirn gehörten, als entbehrlich erscheinen. Die sponsio praejudicialis enthielt die eigentliche Grundlage des judicium: ob an diese die in der Mehrzahl ihrer Acte wesenlose pontificische legis actio, oder (nach Ersatz der condictio diei, beziehungsweise nach getroffener Wahl des judex, nach Uebernahme der Verpflichtung zu einer poena temere litigantium) eine wesenhafte formula des Prätors angeschlossen werden solle, konnte schon vor dem Zeitalter Cicero's für jene Klagen nicht mehr zweifelhaft sein, welche den Interessen des gesteigerten

Verkehrs zu dienen hatten, und nicht zur Competenz der Centumvirn gehörten, wobei besonders hervorzuheben ist, dass den Ausschluss der processualischen Vertretung kein einigermassen entwickelter Handelsverkehr verträgt. Der reformirte Process des Grundgesetzes enthält also zwar nicht alle, aber doch bereits die meisten Elemente des Processes des Edictes, wesshalb er ein Mittelding zwischen dem pontif. Processe des Grundgesetzes und dem Processe des Edictes bildet, so weit es sich um judicia legitima handelt. Die judicia imperio continentia, welche als solche keiner sponsio praejud. bedurften, konnten im reformirten Processe des Grundgesetzes vorerst nur Ausnahmen bilden und sich auf Delicte beschränken, also auf solche Fälle, in welchen es einerseits auf die Wirkungen eines judicium legitimum nicht ankam, andererseits aber dem richterlichen Magistrat von jeher ein grösserer Einfluss zustand.

Der reformirte Process des Grundgesetzes hatte aber nicht bloss immer mehr die Wesenheit des Edictsprocesses in dem Masse erhalten, in welchem sich das prätorische Recht entwickelt hatte, sondern er hatte mit dem Edictsprocesse auch bereits die Schriftlichkeit der forma agendi gemein. Auf das Vorwiegen der Schriftlichkeit bei den Consensual-Contracten hat schon Kuntze (Cursus, S. 125) aufmerksam gemacht, allein diese Schriftlichkeit hatte auch bereits im Processe Platz gegriffen. Es folgt dies sowohl aus inneren Gründen, als aus positiven Nachrichten.

Die pontificische forma agendi entsprach dem Princip der absoluten Mündlichkeit. Ihre unabänderliche Natur und einfache Construction war für die Parteien und ihre Zeugen sowie für den Geschwornen eine ungemeine Erleichterung. Wenn die Parteien und ihre Zeugen dem Geschwornen nur zu sagen wussten, welche legis actio in jure vollzogen wurde, so konnte derselbe die einzelnen Acte und den Inhalt derselben sich selbst ergänzen.

Wenn weiter die Parteien den Gegenstand des Streites, bei Vindicationen das besondere absolute Recht, anzugeben wussten, und die Zeugen diese Angaben bestätigten, so war der Geschworne vollständig instruirt. Der Angriff und die Vertheidigung war durch die dem Geschwornen vorher bekannte forma agendi normirt, jeder Eingriff des Magistrat und des Geschwornen auf dieselben ausgeschlossen. Ganz anders musste sich die Sache im reformirten Processe des Grundgesetzes gestaltet haben, in welchem der Ausgang des Processes ganz von der Fassung der sponsio praejudicialis, diese aber wieder von der verschiedenen Gestaltung des entsprechenden Rechtsgeschäftes abhängig war, dem Geschwornen jegliche Kennt-

niss dieser entscheidenden Momente des Rechtsfalles mangeln musste. Sollte also der Geschworne beglaubigter Weise wissen, welche Actio und welche Exceptio und in welcher Fassung der Prätor bewilligt, die Parteien in die sponsio praejud. aufgenommen hatten, so musste ihm die Fassung der letzteren schriftlich und mit der Namenszeichnung des Prätors zugemittelt werden. War nun die sponsio praejud. in dieser Weise für die Untersuchung und Entscheidung des Rechtsstreites durch den Geschwornen zur wirklichen Grundlage des judicium, die sich anschliessende pontif. legis actio aber wesenlos geworden, so musste es genügen, wenn die letztere so kurz als möglich angedeutet wurde. Damit aber wird das Verständniss der Entstehung und der Nothwendigkeit jener Noten des Valerius Probus gewonnen, welche er unter der Aufschrift: „In leges actionibus haec" angibt. Weil nämlich Valerius Probus hier auch die Siglen anführt: E. J. M. C. V. = ex jure manum consertum vocavit, der Act der vocatio ad vindicationem aber nach den Ergebnissen meiner Untersuchungen dem vom Prätor reformirten Processe des Grundgesetzes angehört, so gewinne ich damit zugleich eine positive Bestätigung meiner soeben aus der geschichtlichen Enwicklung des Processes gezogenen Folgerung, dass die die Schriftlichkeit bezeugenden Noten des Valerius Probus dem *reformirten* Processe des Grundgesetzes angehören. Waren *nämlich die* sponsiones praejudiciales und somit auch die sich ihnen anschliessenden alten legis actiones den Geschwornen stets *schriftlich* mitzutheilen, die immer gleichlautenden Bestandtheile der letzteren aber zur Abkürzung des Schreibens durch Siglen wiederzugeben, so konnte offenbar mit der vom Prätor reformirten legis actio in rem per sacramentum keine Ausnahme gemacht werden. Ich glaube also auch diese „notae publicae" des Valerius Probus als eine nachträgliche Bestätigung meiner Beweisführung betrachten zu dürfen.

Anhang.

Die Grundbedeutung von damnum, damnare, damnatio und condemnatio im römischen Civilprocess.

Den verschiedenen Versuchen, die Grundbedeutung von damnum, damnare zu bestimmen (Ableitungen von demere, deminuere, dare minus, *δαμία = ζημία, δαπάνη, δαίειν, δάπτειν*) stellt Ritschel[1]) im Anschluss an Pott[2]) den Beweis entgegen, dass dam-

1) Rhein. Mus. 16. Jahrg. 1861, S. 304 fg.

2) Etymol. Forsch. I. Theil, S. 161.

num ein Participium praes. pass. von dare sei (damenon = daminon = daminum und synkop. damnum), damnare aber aus diesem Particip hervorgegangen sei. Damnum sei also „was gegeben wird". Dieser Begriff habe sich mit der Zeit dahin geändert, dass er das bedeute, was zu gewissen Zwecken gegeben wird, gegeben werden soll oder muss. Von derselben Wurzel abgeleitet bezeichnen donum und dos ebenfalls an sich „jede Gabe" während die Sprache doch für donum den Begriff der „guten, freiwilligen Gabe" zur Herrschaft kommen liess, für „dos" aber eine noch individuellere Bedeutung annahm. So sei auch damnum mit der Zeit geworden „zur Ersatzgabe, Bussgabe, Strafgabe". Damnum bedeute freilich auch den „Schaden, Verlust" und es falle auf, dass mit diesem Worte sowohl die „erlittene Beeinträchtigung", für welche der Kläger Entschädigung suche, als die „Entschädigung" bezeichnet werde, welche der Beklagte für die von ihm ausgegangene Beeinträchtigung leisten soll, allein dies sei auch bei jeder anderen Ableitung ebenso auffallend. Auf das dare selbst lasse es sich allerdings nicht zurückführen, um zum Begriffe des Verlustes zu gelangen, da man das, was man verliere, doch in keinem Sinn des Wortes „gibt oder hergibt", weil bei dem Verluste eben kein Act des Willens mitwirke. Offenbar habe die Sprache hier nur die Vermögensminderung bestimmt. Die Bedeutungen des Nomens damnum und des Verbums damnare hätten sich jedoch nicht gleichmässig entwickelt. Während nämlich damnum im rechtlichen Sinne eine Strafe überhaupt bedeute, die nicht zugleich Gabe, Leistung wäre, sei damnare über diese Gränze hinausgegangen, und im Sinne jeder rechtlichen Verurtheilung zum weitesten Gebrauche gelangt; und während das Substantiv damnum zum Begriffe einer jeden Vermögensminderung, ja sogar zur Beeinträchtigung überhaupt gelangt sei, heisse das Verbum damnare niemals bloss „in Verlust bringen" oder auch nur schlechthin „in Geldverlust bringen". Die Bedeutungen dieser Wörter fallen nur da zusammen, wo damnum eine „Gabe aus dem Vermögen", und damnare eine „solche Abgabe bewirken" „zu ihr verurtheilen" oder „zum Geben verpflichten" heisse. Demnach sei nichts einfacher als die Anwendung des damnare in dem Sinne „testamentarisch zu einer Vermögensleistung verpflichten" oder als das bekannte „voti damnare", sofern die Ausführung des Votums eine Geldleistung sei. Damnas heisse ganz einfach „gebepflichtig". Zu diesen grammatischen Grundlagen mögen die Rechtskundigen neue Wendungen und Wandlungen nach Belieben und Vermögen hinzubringen. — Die von diesem verdienstvollen Vertreter der lateinischen Philologie gebotenen grammatischen Grundlagen vermag ich für meinen Theil

zur Bestimmung des juristischen Gebrauchs der Worte damnum, damnare, damnas sachlich nur so zu verwerthen, dass ich das Verbum dare im Sinne des juristischen Terminus fasse, und darunter „ein Uebereignen, ein Uebertragen des Eigenthums an einer Sache“ verstehe. Weil aber der ursprüngliche Begriff des Eigenthums bei den Römern überhaupt mit „der vollkommenen Herrschaft“ über ein Rechtsobject zusammenfiel (vgl. oben S. 312 fg.), so ergibt sich für dare, beziehungsweise damnare, die Bedeutung „Jemanden der vollkommenen Gewalt eines Andern unterwerfen, ausliefern“. Auf der von Ritschel gebotenen grammat. Grundlage gelange ich also genau zu demselben Resultate, welches ich erreichte, als ich [3]) damnare mit dem Griechischen *δαμνᾶν*, *δμώη*, *δμώς*, *δάμας*, also mit absoluten Gewaltverhältnissen in Verbindung brachte, wesshalb *δαμνᾶν* auch „zerstören, tödten“ bedeutet [4]). Mag ich nun vom Stamme da oder dama ausgehen, die von mir angenommene Grundbedeutung von damnare bestätigen zunächst folgende Stellen:

> Paul. Diac. pag. 13 M.: addicere est proprie idem dicere et approbare dicendo, alias addicere est damnare.

Paulus Diac. erklärt hier zwei Bedeutungen von addicere, die eine als secundum aliquem dicere, d. h. „auf den Antrag einer Partei eingehen“, die andere als damnare. Das addicere in *diesem* letzteren Sinne ist aber die vom richterlichen Magistrat ausgesprochene Genehmigung der Ductio des Schuldners von Seite des nicht befriedigten Gläubigers. Ist nun damnare ein solches addicere, welches die Ductio des Schuldners zur Folge hat, und wird der Schuldner durch die Ductio der absoluten Gewalt des Gläubigers, also jener manus unterworfen, welche der Gläubiger schon vorher durch die manus injectio ausgeübt hatte, so wird die von mir angenommene Grundbedeutung von damnare durch die angeführte Stelle sprachlich und sachlich gerechtfertigt.

> Paul. Diac. pag. 221: Parricida non utique is, qui parentem accidisset, dicebatur, sed qualemcunque hominem indemnatum.

Weil der homo indemnatus einem homo non sacer, homo liber, der homo damnatus einem homo sacer gleichgestellt wird [5]) und

---

3) Process der Verginia, S. 17.

4) Einer freundlichen Mittheilung zufolge leitet auch der Aegyptologe Prof. Reinisch damnare von sskr. *δαμα* (bezwingen) ab, aus welchem *ἱπποδάμος*, *δαμά-ζειν*, *δαμ-νά-ειν* (damnare), *δμη-τήρ* (demitor), sskr. domitar, dominus, hervorgegangen seien.

5) Schöll, Leg. XII tab. pag. 58, 59, 150.

noch Cicero (in Pison. XIII, 30) den homo indemnatus als ein caput integrum bezeichnet, so ist in der voranstehenden Stelle des Paulus unter homo indemnatus nicht ein nicht verurtheilter, sondern ein homo non sacer, d. h. ein solcher gemeint, welcher nicht den Göttern der Unterwelt, oder den Mächten des Todes überantwortet worden war.

Demnach ist auch ein voti damnas oder damnatus nicht ein überhaupt „gebepflichtiger" — denn dies könnte nur voti reus bedeuten, — sondern nur derjenige, den bereits die Execution der Götter zu treffen hat, der also bereits der Strafe der Götter verfallen ist [6]). Die Verpflichtung des voti damnas ist also nicht etwa bloss eine im Allgemeinen executive, sondern für ihn ist bereits auch die Erfüllungsfrist abgelaufen, während die Verpflichtung des voti reus noch gar nicht executiv ist.

Wer also ein voti damnatus, d. h. ein der Strafe der Götter Verfallener war, der musste sich bereits auslösen, befreien, nicht aber erst das Schuldige leisten [7]). Darum konnte Virgil Eclog. V, 79. 80 über August singen:

Ut Baccho Cererique, sic tibi vota quotannis
Agricolae facient, damnabis tu quoque votis.

„Einst wirst auch du als Gott die Landleute wegen nicht erfüllter vota deiner göttlichen Strafe überantworten."

Zu Virg. Aen. IV, 699 bemerkt Servius: damnare et damno afficere, id est debito liberare. Ideo et cum vota suscipimus, voti rei dicimur, donec consequamur beneficium, et donec condemnemur, id est promissa solvamus. Hatte der voti reus das beneficium erlangt, so wurde seine Verpflichtung executiv, er wurde, wenn er das votum nicht sofort erfüllte, ein voti damnatus. Deutlicher drückt sich hierüber Macrobius Satur. III, 3 aus, wenn er sagt: „Constituam ante aras voti reus". Haec vox propria sacrorum est, ut reus vocetur, qui suscepto voto se obligat, damnatus autem, qui promissa non solvit. Bei Virgil. Aen. IV, 699 heisst damnare geradezu Jemanden einem Anderen in die absolute Gewalt ausliefern, ihn derselben Preis geben:

Nondum illi flavum Proserpina vertice crinem
Abstulerat, Stygioque caput damnaverat Orco.

Am deutlichsten tritt die Grundbedeutung des damnare aber

---

6) vgl. Danz, Sacraler Schutz, S. 223.

7) Liv. V, 25: Haut mirum id quidem esse furere civitatem, quae damnata voti omnium rerum potiorem curam quam religione se exsolvendi habeat.

bei Plautus Trin. IV, 1. v. 9 sq. hervor, wo damnare geradezu als ein Synonymum von domare gebraucht erscheint:

Charm. — — — jam ante acceperam — —
Pauperibus te (scil. Neptunum) parcere solitum, dites damnare atque domare.

„Ich habe schon vorher vernommen, dass du der Armen schonst, die Reichen aber deiner schrankenlosen Gewalt unterwirfst und bezwingst."

Auch Huschke [8]) bringt das „damnas esto" mit einem „Machtverhältniss des Gläubigers über die Person des Schuldners" in Verbindung.

Mit „damnas esto" ist also eine executive Verpflichtung ausgesprochen, für welche es keine Erfüllungsfrist mehr gibt, und insofern unterscheidet sich auch der judicatus vom damnatus. Weil nämlich der damnatus bereits einer absoluten Macht verfallen ist, so muss er sich befreien, auslösen, liberare, solvere [9]). Darum stand dem mit einem legatum per damnationem Bedachten gegen den Erben nach ältestem Rechte die legis actio per manus injectionem zu [10]).

Weil nun damnare in allen angeführten Stellen „Jemanden der absoluten Gewalt eines Menschen oder der Götter ausliefern, überantworten, oder ihn als verfallen erklären" heisst, so ist damnatus ein „Verfällter oder Verfallener". Demnach bedeutet auch das Substantiv damnum im objectiven Sinne „den Gegenstand des Verfalls", im subjectiven Sinne „den Verfall, die Einbusse, den Verlust", daher „damnum armorum" (Tacit. Ann. II, 4 §. 6) und „litis damno coercere" (L. 53. pr. D. de re jud. 42, 1). Pro fure damnum duobus milibus aeris decidere bedeutet also „als Dieb den eigenen Verfall mit 2000 Asses ausgleichen".

Die Einbusse, der Verlust ist aber auch ein Nachtheil, ein Schaden. Betrachtet man nun den „Verfall" vom Standpunkte des die Execution führenden Gläubigers und des exequirten Schuldners, so wird der Verfall des Schuldners für den Gläubiger zur „Entschädigung", für den Schuldner zum „Schaden". Daraus erklärt sich zugleich, wie damnum facere, sowohl einen Verfall, einen Schaden bewirken, als eine Entschädigung leisten, also einen Schaden erleiden, bedeuten konnte.

Weil nun die Ausdrücke damnare, damnatus ebenso

8) Studien, S. 259; Nexum, S. 50; Gaius, S. 169.
9) vgl. Gaius III, 174.
10) Glück-Arndts Pandekten-Commentar 46. Thl. 1. Abth. S. 24.

in allen angeführten Stellen, als in der oben (S. 205 fg.) besprochenen Stelle der lex Julia municipal. (c. VIII lin. 38) sich nur auf die Execution beziehen, so konnte noch Cicero pro Rabirio c. IV, 8 das Urtheil genau von der Execution unterscheiden:

> Est enim haec causa — quasi appendicula causae judicatae atque damnatae.

d. h. diese Rechtssache ist so zu sagen nur ein Anhang einer anderen bereits durch Urtheil entschiedenen und zur Execution gebrachten Rechtssache. Dieselbe Unterscheidung der pronuntiatio und damnatio enthält wohl auch die von Bekker[10a]) und Demelius[10b]) in entgegengesetztem Sinne interpretirten Stelle bei Plautus, Rudens V, 1. v. 1 sq.:

> Lab. Quis mest mortalis miserior, qui vivat alter hodie,
> Quem apud recuperatores modo damnavit Plesidippus?
> Adjudicata a me modost Palaestra. —

Unter dem adjudicari versteht Demelius eine actio in personam, und zwar die actio empti, Bekker eine actio in rem und zwar den Freiheitsprocess, räumt aber selbst ein, dass die in jus vocatio in III, 6, v. 22 sq. auf eine actio in personam hinweist:

> Ples. Age ambula in jus. Lab. Quid ego deliqui? Ples. Rogas?
> Quine (= tune, qui) arrabonem a me accepisti ob mulierem
> Et eam hinc avexti?

Ich stimme Demelius bei, weil der Process zwischen Plesidippus und Labrax schon in einer Zeit durchgeführt wird, während welcher die Wiedererkennung zwischen Daemones und Palaestra Statt findet, so dass zur Zeit des Processes auch Plesidippus noch nicht weiss, dass Palaestra eine freigeborne Tochter des Daemones ist, und auch der Leno diesen Umstand erst nach seiner Sachfälligkeit aus dem Munde des Daemones erfährt (V, 3, v. 8 sq.). Dazu kommt noch, dass die Geschwornen im Freiheitsprocesse keine damnatio aussprachen, Plautus den Sprachgebrauch nicht so sehr vernachlässigen konnte, von der Execution durch den Prätor (addicere) aber hier nicht die Rede ist. Demnach äusserte sich die condemnatio pecuniaria nur darin, dass der Prätor dem Gläubiger den Schuldner stets nur um eine bestimmte Geldsumme addicirte[11]), die Ductio des Schuldners somit stets nur um eine

10a) Neuerdings in den Aktionen I, S. 78, 269.

10b) Zeitsch. f. RG. II, S. 210 fg.

11) vgl. oben Paul. Diac. pag. 13; Cicero de orat. II, 63: Quanti addictus? Mille nummum.

larprocesses die richterliche Sentenz und die Condemnation im richterlichen Urtheil vereinigt waren, war im pontif. Processe des Grundgesetzes die Sentenz von der Condemnation völlig getrennt: die Sentenz sprach der Geschworne aus, und weil er mit der Condemnation nichts zu thun hatte, so konnte auch sein Urtheil sich nur auf den unmittelbaren Gegenstand des klägerischen Anspruchs beziehen. Der Condemnation als einer gesetzlichen Folge des judicium hatte sich der Beklagte durch die acceptio provocationis ad judicium unterworfen (Gaius III, 180), und der Prätor liess sie in dem Acte der Ductio vollziehen natürlich nur in Bezug auf den unmittelbaren Gegenstand des klägerischen Anspruchs, weil vor der lex Aebutia der Prätor die potestas juris civilis corrigendi nicht hatte, die Addiction auf Grund eines eigenmächtig von ihm angeordneten arbitrium liti aestimandae somit als ein widerrechtlicher Eingriff in ein grundgesetzliches Eigenrecht des Gläubigers betrachtet worden wäre. Dies ist der Grund, warum Gaius in der viel besprochenen Stelle IV, 48 nicht sagt: judex non rem ipsam condemnat eum cum quo actum est, sicuti olim facere solebat sondern dafür sehr bezeichnender Weise die unpersönliche Wendung wählt: sicuti olim fieri (= condemnari) solebat (so jetzt auch Studemund), um die Fragen, von wem und wie damals die Condemnation vollzogen wurde, zu umgehen, und sich dadurch weitläufige rechtsgeschichtliche Erörterungen zu ersparen. Da nun im pontif. Processe des Grundgesetzes ein vom Gläubiger unabhängiges arbitrium liti aestimandae nicht bestand, so traf die damnatio den damnatus doppelt schwer, weil er durch sie nicht bloss der absoluten Macht des Gläubigers verfiel, sondern dem letzteren auch die Aestimation des eigenen Anspruchs, und damit auch die Bestimmung der Dauer der Knechtschaft des Schuldners zustand. Der Prätor handelte also zugleich im Interesse der Humanität, dass er bereits im reformirten Processe des Grundgesetzes das von Valerius Probus erwähnte arbitrium liti aestimandae einführte, und damit zunächst nur eine von der Sentenz des Geschwornen getrennte condemnatio bezw. addictio pecuniaria begründete.

Personen-, Wort- und Sachregister.

Berichtigungen.

Seite		Zeile		von		zu lesen:	
Seite	1	Zeile	8	von	unten	zu lesen:	in der Kaiserzeit.
„	21	„	1(a)	„	„	„ „	Zumpt, Crim. R.
„	82	„	12	„	„	„ „	bestrittene Interpretation.
„	83	„	4(a)	„	„	„ „	ipsi fuit.
„	89	„	8	„	oben	„ „	Herrschaft.
„	101	„	5(a)	„	unten	„ „	[quaestor]es(se).
„	123	„	19	„	„	„ „	licio.
„	124	„	9	„	oben	„ „	gebotene.
„	138	„	1(a)	„	unten	„ „	processual. Consumption.
„	156	„	4	„	„	„ „	keine Bedeutung hatte.
„	159	„	18	„	oben	„ „	nach meiner.
„	176	„	2(a)	„	unten	„ „	Quellenzeugnisse.
„	181	„	18	„	„	„ „	dum.
„	183	„	2(a)	„	„	„ „	provocamus.
„	190	„	15	„	oben	„ „	C. Aquilius.
„	193	„	10	„	„	„ „	quot genera.
„	197	„	17	„	„	„ „	haben werde.
„	201	„	20	„	„	„ „	rebus.
„	206	„	8	„	unten	„ „	(bald
„	236	„	10	„	„	„ „	das spätere.
„	246	„	5	„	oben	„ „	erfordert,
„	256	„	13	„	„	„ „	Uebereignung.
„	256	„	16	„	„	„ „	„
„	256	„	29	„	„	„ „	„
„	257	„	8	„	„	„ „	„
„	261	„	19	„	unten	„ „	quo ad.
„	267	„	2	„	oben	„ „	processualisches Organ.
„	391	„	17	„	unten	„ „	lib. I.
„	420	„	1	„	oben	„ „	alias actiones.



